



UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA
FACULDADE DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO DE DIREITO

Pedro Henrique Luz de Araujo

**A VIRTUALIZAÇÃO DO MEIO AMBIENTE DE TRABALHO E A PROTEÇÃO DOS
DIREITOS FUNDAMENTAIS**

Brasília, 2016

Pedro Henrique Luz de Araujo

**A VIRTUALIZAÇÃO DO MEIO AMBIENTE DE TRABALHO E A PROTEÇÃO DOS
DIREITOS FUNDAMENTAIS**

Monografia apresentada como requisito parcial
para a obtenção de grau de Bacharel em
Direito pela Faculdade de Direito da
Universidade de Brasília.

Orientadora: Profa. Dra. Érica Fernandes Teixeira

Brasília 2016

Pedro Henrique Luz de Araujo

**A VIRTUALIZAÇÃO DO MEIO AMBIENTE DE TRABALHO E A PROTEÇÃO DOS
DIREITOS FUNDAMENTAIS**

Monografia aprovada como requisito parcial
para obtenção de grau de Bacharel em Direito
pela Faculdade de Direito da Universidade de
Brasília, pela banca examinadora composta
por:

Profª. Dra. Érica Fernandes Teixeira
UnB - Orientadora

Bela. Virna Rebouças Cruz
UnB - Membro

Prof. Ms. Rodrigo Leonardo de Melo Santos
UnB - Membro

Prof. Dr. Wilson Roberto Theodoro Filho
UnB - Suplente

Resumo

O objetivo da presente monografia é analisar os impactos das transformações ocorridas no mundo do trabalho diante dos avanços tecnológicos nas áreas das telecomunicações e da informática sobre os direitos fundamentais do trabalhador. Primeiramente, a fim de analisar os limites da disponibilidade do empregado frente ao empregador, explora-se o poder empregatício no contrato de trabalho, tendo em vista a subordinação jurídica da relação empregatícia, os desdobramentos do poder de mando do empregador e as possibilidades de controle do tempo do obreiro. Em seguida, são investigados esses direitos, concebidos como desdobramentos do princípio da dignidade humana, com foco na proteção à intimidade e à vida privada. Demonstram-se alguns casos em que o empregador lesiona os direitos da personalidade do empregado, com referências à doutrina e à jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho e dos Tribunais Regionais do Trabalho, quais sejam: a revista íntima, pessoal, ou dos objetos pessoais do obreiro; e a escuta telefônica. Enfatiza-se, também, a proteção constitucional à saúde do trabalhador e ao meio ambiente salutar e equilibrado, inclusive o do trabalho. Enumeram-se alguns fatores que explicam a aparente contradição entre o avanço da legislação protetiva e a precariedade da saúde do trabalhador no Brasil. A parte final da monografia trata das possíveis lesões aos direitos dos trabalhadores como decorrência da virtualização do meio de ambiente de trabalho, principalmente no que tange à intimidade e saúde do obreiro. Quanto às lesões à intimidade e à vida privada do trabalhador, analisa-se a monitoração eletrônica do meio ambiente de trabalho e o acesso por parte do empregador aos e-mails enviados e recebidos pelo trabalhador, nos casos de correio eletrônico pessoal ou fornecido pela empresa. Em relação aos problemas de saúde enfrentados pelo obreiro, entende-se que a constante vinculação do trabalhador ao trabalho por meio dos instrumentos modernos de telecomunicações pode gerar uma série de patologias, principalmente aquelas ocasionadas ao estresse e a fadiga. O empregador, diante dos dispositivos constitucionais, legais e internacionais, deve garantir um meio ambiente de trabalho salutar e equilibrado, sob pena de ser responsabilizado por eventuais danos aos obreiros.

Palavras-chave: Poder empregatício. Virtualização. Meio ambiente de trabalho. Saúde do trabalhador. Intimidade e vida privada.

Abstract

The purpose of this paper is to analyze the impacts of the changes occurring in the world of work due to the technological advances in telecommunications and information technology on the fundamental rights of the worker. Firstly, in order to examine the limits of the employee availability to the employer, it is explored the prerogatives of the employer in an employment contract, considering the legal subordination in an employment relationship, the ramifications of the employer power and the possible forms of controlling the worker time. Then, these rights, conceived as consequences of the principle of human dignity, are investigated, focusing on the protection of intimacy and private life. Some cases are demonstrated wherein the employer injures the employee's personality rights, with references to the doctrine and jurisprudence of the Superior Labor Court and the Regional Labor Courts, which are: the intimate inspection, personal inspection, or inspection of the worker's personal objects; and telephone wiretapping. The constitutional protection of worker health and of a healthy working environment are also emphasized. Some factors that explain the apparent contradiction between the advancement of protective legislation and the precariousness of workers' health in Brazil are enumerated. The final part of the paper deals with the possible injury to the rights of workers as a result of virtualization of the workplace environment, especially with regards to privacy and worker health. As for injuries to the intimacy and the private life of the worker, the electronic monitoring of the working environment and the access by the employer to emails sent and received by the worker, in cases of personal e-mails or ones provided by the company, are analyzed. Regarding the health problems faced by the worker, it is understood that the constant vinculation of the worker to the work through modern telecommunications tools can generate a number of diseases, especially those caused by stress and fatigue. The employer, because of the constitutional, legal and international provisions should ensure a healthy and balanced work environment, under penalty of being held liable for damage to workers.

Keywords: Employment power. Virtualization. Working environment. Worker's health. Intimacy and privacy.

Sumário

1 Introdução.....	6
2 O poder empregatício no contrato de trabalho.....	8
2.1 Conceito e fundamentos da subordinação jurídica.....	8
2.2 Conceito e limites do poder empregatício.....	11
2.3 Controle de jornada de trabalho.....	16
3 A proteção dos direitos fundamentais do trabalhador no contrato de trabalho.....	21
3.1 Direitos fundamentais e dignidade da pessoa humana.....	21
3.2 Direito à intimidade, à imagem e à honra.....	24
3.3 Direito à saúde do trabalhador e ao meio ambiente de trabalho hígido.....	31
4 A virtualização do meio ambiente de trabalho e a proteção dos direitos fundamentais.....	37
4.1 Fiscalização eletrônica do ambiente de trabalho e controle da vida privada do empregado.....	37
4.2 Impactos da virtualização do trabalho na saúde do trabalhador.....	46
5 Considerações finais.....	53
Referências.....	56

1 INTRODUÇÃO

O avanço tecnológico ocorrido nas últimas décadas, principalmente nas áreas da informática, da robótica, da microeletrônica e das telecomunicações, trouxe um novo modelo de trabalho, pautado na produtividade e na qualidade do produto, além de caracterizado por uma organização em rede. Esse novo modelo de produção exige flexibilidade, vez que o objetivo não é produzir para estocar, mas atender às necessidades do mercado, possibilitando a sobrevivência da empresa diante das constantes mudanças econômicas. Ademais, em razão da automação da produção, há a redução da necessidade de mão de obra.

Nota-se, portanto, que a conjuntura atual do mundo do trabalho exige muito do obreiro, que precisa de maior qualificação e capacidade de adaptação às exigências do empregador. Ademais, diante do rápido desenvolvimento e transformação das tecnologias e da escassez dos postos de emprego, o trabalhador vive sob constante medo de ser substituído, como se fosse uma peça que não mais funciona adequadamente.

Portanto, a virtualização do meio ambiente de trabalho promovida pelos computadores e pela internet acarretaram um aparente paradoxo no mundo do trabalho. É que as novas tecnologias aumentaram a produtividade, alargaram o tempo e diminuíram os espaços, de forma que seria razoável supor um aumento do tempo livre dos trabalhadores, o qual poderia ser aplicado ao lazer, a seus projetos pessoais, ao convívio com a família e amigos. Entretanto, o que a realidade demonstra é o aumento da disponibilidade do obreiro ao trabalho, tanto no que concerne ao seu tempo quanto no que tange à sua vida privada.

Nesse sentido, a presente monografia visa à elucidação do problema de como a virtualização do meio ambiente de trabalho vem impactando os direitos fundamentais do trabalhador, mais especificamente, o direito à intimidade e vida privada e o direito à saúde e a um meio ambiente equilibrado.

Como ponto de partida, concebe-se a monitoração eletrônica do ambiente de trabalho e o acesso às comunicações pessoais do obreiro como as principais ofensas à intimidade do obreiro. Em relação às ofensas à saúde e ao meio ambiente, considera-se principalmente a fadiga e o estresse em decorrência da constante vinculação do empregado ao trabalho por meio dos modernos instrumentos de telecomunicação.

Assim, o objetivo principal deste trabalho é analisar os modos pelos quais a intimidade e a saúde do obreiro são afetados pela virtualização do trabalho gerada pela disseminação do uso de computadores e da internet nos locais laborais. Para tanto, esta monografia visa a: reconhecer os limites do poder do patrão em uma relação empregatícia; analisar como a proteção da intimidade, da saúde e do meio ambiente ilumina a relação de trabalho; e identificar como as referidas mudanças no mundo de trabalho podem lesionar esses direitos.

A escolha do tema se justifica pela possível piora das condições de trabalho em decorrência da virtualização, na medida em que a dignidade do trabalhador é muitas vezes deixada de lado diante da necessidade de sobrevivência. Dessa forma, vez que para se combater um problema é preciso primeiro compreendê-lo, torna-se importante a elucidação do problema enfrentado nesta monografia para a construção de um meio ambiente de trabalho saudável que proteja a integridade física, psíquica e moral do obreiro.

A metodologia adotada no presente trabalho foi a pesquisa bibliográfica, com o levantamento do conhecimento construído doutrinariamente sobre limites do poder empregatício e proteção da intimidade do trabalhador e do meio ambiente de trabalho. Analisaram-se, também, julgados do Tribunal Superior do Trabalho (TST) e de Tribunais Regionais do Trabalho (TRTs) relacionados a ingerências do poder diretivo na vida privada do obreiro.

A monografia se divide em três capítulos. O primeiro, ao tratar das dimensões do poder patronal no contrato empregatício, analisa a subordinação jurídica do empregado ao empregador, identifica os limites ao poder do empresário e expõe como se dá o controle do tempo disponível do obreiro para o trabalho. Em seguida, no segundo capítulo, faz-se uma breve descrição do princípio da dignidade humana, a fim de demonstrar sua influência sobre os demais direitos fundamentais; após, na mesma seção, é estudado o direito à intimidade e a vida privada, havendo exposição de posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais a respeito do assunto; ainda no mesmo capítulo, são expostos os direitos do trabalhador à saúde e ao meio ambiente de trabalho equilibrado e hígido. Por fim, o último capítulo lida com os impactos da virtualização do trabalho na intimidade e saúde do obreiro, analisando casos de monitoração eletrônica do trabalho, de leitura das comunicações pessoais do empregado e de sobrecarga do obreiro.

2 O PODER EMPREGATÍCIO NO CONTRATO DE TRABALHO

2.1 Conceito e fundamentos da subordinação jurídica

A relação de emprego pressupõe os requisitos dos artigos 2º e 3º da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT)¹: uma pessoa física deve prestar pessoalmente serviço não eventual de forma onerosa a um empregador a quem ela se subordina. A relação de emprego, portanto se dá entre dois polos - de um lado o empregado; do outro o empregador. Enquanto o empregado é, necessariamente, pessoa física, o empregador pode ser pessoa física, jurídica ou ente despersonalizado. Além disso, por força do art. 2º da CLT, em uma relação de emprego os riscos são assumidos pelo empregador. Por fim, uma relação de emprego pressupõe duas obrigações principais, uma dirigida ao trabalhador e a outro ao empregador. Àquele cabe a prestação de serviço; a este, o pagamento do salário do obreiro (SILVA, 2006).

Nota-se que a subordinação é elemento central para a caracterização da relação de emprego. Para Delgado (2016), a subordinação é o elemento mais proeminente na conformação do tipo legal da relação de emprego, sendo ela o principal elemento diferenciador entre a relação de emprego - onde há subordinação - e as diversas formas de trabalho autônomo - onde não há. O autor define a subordinação como uma “situação jurídica derivada do contrato de trabalho, pela qual o empregado compromete-se a acolher o poder de direção empresarial no modo de realização de sua prestação de serviço”(DELGADO, 2016, p. 311).

As principais teorias que justificam a subordinação do trabalhador ao empregador são a teoria da dependência econômica, a teoria da dependência técnica do empregado em relação ao empregador e a teoria da dependência hierárquica ou da subordinação jurídica (SILVA, 2006).

A primeira explicação é insuficiente, visto que nem sempre o trabalhador depende da remuneração auferida para sobreviver. A segunda é igualmente deficiente, pois um trabalhador altamente qualificado que trabalhe em um laboratório, por exemplo, não é tecnicamente

¹ “Art. 2º - Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço. § 1º - Equiparam-se ao empregador, para os efeitos exclusivos da relação de emprego, os profissionais liberais, as instituições de beneficência, as associações recreativas ou outras instituições sem fins lucrativos, que admitirem trabalhadores como empregados. § 2º - Sempre que uma ou mais empresas, tendo, embora, cada uma delas, personalidade jurídica própria, estiverem sob a direção, controle ou administração de outra, constituindo grupo industrial, comercial ou de qualquer outra atividade econômica, serão, para os efeitos da relação de emprego, solidariamente responsáveis a empresa principal e cada uma das subordinadas.

Art. 3º - Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário. Parágrafo único - Não haverá distinções relativas à espécie de emprego e à condição de trabalhador, nem entre o trabalho intelectual, técnico e manual”.

dependente do seu empregador, já que tem mais conhecimento que este. Dessa forma, a teoria que melhor explica a subordinação é a da subordinação jurídica, segundo a qual não há caráter pessoal na subordinação, que é meramente contratual (SILVA, 2006). Como consequência, a subordinação é vista objetivamente, atuando sobre o modo da prestação de serviço; nunca sobre a pessoa do trabalhador (DELGADO, 2016).

Segundo Barros (2016), faz-se necessário à verificação da existência da subordinação e, conseqüentemente, de um contrato de emprego, investigar se estão presentes na relação de trabalho alguns indícios, sintetizados no que a autora denomina de “direito residual de controle” do empregador. Tal faculdade do empregador consiste em sua prerrogativa de impor sanções disciplinares ao trabalhador. Isto é, caso seja possível que o patrão sancione o trabalhador, seja por advertência, suspensão ou dispensa, estamos diante de uma relação de emprego e não de trabalho autônomo.

A subordinação sofreu modificações ao longo dos anos, tanto por transformações na realidade do mundo do trabalho quanto por alterações na própria ciência jurídica. Nesse contexto, três dimensões da subordinação se destacam: a clássica, a objetiva e a estrutural (DELGADO, 2016).

A clássica, ou tradicional, consiste na subordinação jurídica atrelada ao contrato de trabalho, em que o obreiro pactua acolher o poder de direção do empregador no que tange ao modo de prestação do serviço. É a primeira dimensão da subordinação, substituindo a servidão do contexto europeu e propagando-se juntamente com o capitalismo. É, ainda hoje, a modalidade de subordinação mais recorrente (DELGADO, 2016).

A dimensão objetiva, por outro lado, corresponde à integração do trabalhador nos fins e objetivos do empreendimento empresarial. Segundo Vilhena (*apud* DELGADO, 2016, p. 314), que introduziu o conceito na doutrina brasileira, a subordinação objetiva é

uma relação de coordenação ou de participação integrativa ou colaborativa, através da qual a atividade do trabalhador como que segue, em linhas harmônicas, a atividade da empresa, dela recebendo o influxo próximo ou remoto de seus movimentos...

Por fim, a dimensão estrutural da subordinação se relaciona a inserção do obreiro na dinâmica do tomador de seus serviços, acolhendo sua forma de organização e funcionamento. Aqui, não é necessário que o trabalhador receba ordens diretas do tomador de serviço ou se harmonize aos fins do empreendimento, bastando que ele seja estruturalmente vinculado à dinâmica operativa do tomador (DELGADO, 2016).

É a partir da conjugação das três dimensões da subordinação, complementares entre si, que o operador do direito pode superar as dificuldades de enquadramento das novas dinâmicas do mundo do trabalho à relação de emprego, promovendo a expansão civilizatória do Direito do Trabalho (DELGADO, 2016). A legislação trabalhista brasileira já percebeu a nova forma de compreensão do fenômeno da subordinação ao modificar, pela Lei nº 12.551/2011, o art. 6º da CLT, que passou a ter a seguinte redação:

Art. 6º Não se distingue entre o trabalho realizado no estabelecimento do empregador, o executado no domicílio do empregado e o realizado a distância, desde que estejam caracterizados os pressupostos da relação de emprego.

Parágrafo único. Os meios telemáticos e informatizados de comando, controle e supervisão se equiparam, para fins de subordinação jurídica, aos meios pessoais e diretos de comando, controle e supervisão do trabalho alheio.

Nota-se que a nova redação do artigo referido incorpora implicitamente as dimensões objetiva e estrutural da subordinação e equipara-os à subordinação clássica, de modo a considerar subordinados profissionais que usualmente não seriam abarcados pela concepção clássica da subordinação (que é concretizada por meios pessoais e diretos de comando), como, por exemplo, os obreiros que realizam trabalho a distância, submetidos a meios telemáticos e informatizados de comando (DELGADO, 2016).

O teletrabalho e o trabalho à distância surgem como consequência do desenvolvimento das tecnologias de informação e da descentralização dos processos produtivos. Como reflexo disso, exige-se maior especialização do trabalhador, que acaba tendo maior liberdade na prestação de serviço, razão pela qual é relativizada a dimensão tradicional da subordinação (ALVARENGA, 2014).

O teletrabalho surgiu como uma nova forma de prestação de trabalho a distância, sendo caracterizado como uma prestação em rede e flexível, além de fazer uso intensivo das tecnologias de informação, principalmente a informática. Pressupõe que o trabalho seja realizado fora da empresa, podendo ser no domicílio do obreiro ou não (ALVARENGA, 2014). Consequentemente, oferece uma série de vantagens para a empresa que adote essa modalidade de prestação de serviço:

Valorizar e incentivar o teletrabalho como um mecanismo da redução dos custos imobilizados e, é claro, redução dos custos da mão de obra. Entre as vantagens catalogadas pela nova administração, o teletrabalho oferece ainda uma maior produtividade, já que vincula a remuneração à produção. Ou seja, o teletrabalho substitui uma obrigação de meio (tempo à disposição na empresa), por uma obrigação de resultado (produção). Com isso, está implícito, na proposta de promoção do teletrabalho, que a redução dos custos da mão de obra se dá pelo enquadramento jurídico de um teletrabalhador independente, portanto, não empregado (MACHADO *apud* ALVARENGA, 2014, p. 78).

Não obstante essa tentativa de enquadramento do teletrabalhador como não empregado, é certo que, caso haja alguma forma de subordinação, diante do art. 6º da CLT acima transcrito, estará configurada a relação empregatícia. Embora não haja controle visual do empregado pelo empregador, as tecnologias de informação - internet, e-mail, aparelhos celulares - permitem o controle da atividade do obreiro. Nas palavras de Rúbia de Alvarenga (2014, p. 78), o teletrabalho “produz uma ‘teledisponibilidade’, que representa uma forma de subordinação à distância”.

Ademais, com o desenvolvimento tecnológico multiplicaram-se as formas de controle sobre o trabalhador, por meio de *softwares* que possibilitam o controle do tempo de execução de tarefas e da produtividade e que podem, inclusive, invadir a vida privada e familiar do empregado² (ALVARENGA, 2014).

Importante destacar que Nascimento (2011) afirma ser insuficiente a dicotomia subordinação-autonomia, em razão desta concepção binária não abranger todos os contratos de trabalho existentes na sociedade pós-industrial. Em razão da necessidade de proteção dos trabalhadores cujo contrato não se encaixa rigorosamente em nenhuma das duas categorias, criou-se a parassubordinação. Tal categoria intermedia o trabalho autônomo e o subordinado, abrangendo contratos de trabalho como a representação comercial, o dos profissionais liberais e outras atividades atípicas.

2.2 Conceito e limites do poder empregatício

Outro efeito próprio ao contrato de trabalho é o poder empregatício, que, nas palavras de Delgado (2016, p. 731), “concentra um conjunto de prerrogativas de grande relevo socioeconômico, que favorecem, regra geral, a figura do empregador, conferindo-lhe enorme influência no âmbito do contrato e da própria sociedade”. Tais prerrogativas dizem respeito à direção (poder diretivo ou organizativo), regulamentação (poder regulamentar), fiscalização (poder fiscalizatório ou de controle) e disciplinamento (poder disciplinar) das atividades da empresa e da prestação de serviço. As modalidades específicas do poder empregatício são os poderes diretivo e disciplinar; os poderes regulamentar e fiscalizatório são desdobramentos do poder de direção (DELGADO, 2016).

A doutrina majoritária, quanto à natureza jurídica do poder de comando empresarial, se divide em duas correntes: i) o poder de comando tem natureza de direito potestativo e, portanto, nada pode inviabilizar seu exercício; ii) o poder empregatício é direito-função, ou

² O assunto relativo à invasão da privacidade e da intimidade do trabalhador como consequências da virtualização do trabalho será abordado no capítulo 4 do presente trabalho.

seja, é um poder dado ao titular para a tutela de interesses de outrem (BARBOSA JUNIOR, 2008).

Ao longo do século XIX, até metade do século XX, a primeira corrente prevaleceu. Hoje, tendo em vista as limitações do poder empregatício em função do contrato de emprego e pelas leis trabalhistas, cujo fim principal é a proteção da parte mais fraca da relação de trabalho, prevalece a segunda corrente. De fato, o exercício do poder de comando baseia-se não apenas nos interesses do empregador, mas também deve considerar a dignidade dos funcionários, como decorrência da função social da propriedade e da aplicação dos direitos humanos no âmbito do trabalho (BARBOSA JUNIOR, 2008).

Percebe-se, portanto, que o poder empregatício é limitado. É possível notar isso a partir do art. 483 da CLT³, que elenca as hipóteses de rescisão do contrato de emprego por justa causa do empregador. O obreiro, portanto, não é obrigado a obedecer a ordens injustas ou quando o empregador deixar de cumprir suas obrigações contratuais (SILVA, 2006).

Para direcionar a atividade do trabalhador da forma que desejar, o empregador conta com poder diretivo, que “consiste na faculdade deste de dirigir pessoalmente a prestação de serviços dos seus empregados” (SILVA, 2006, p. 271). O poder diretivo, expresso no ordenamento jurídico pelo art. 2º da CLT, encontra amparo doutrinário em quatro teorias: i) a teoria da propriedade privada, segundo a qual o empregador ordena por ser o dono do empreendimento; ii) a teoria do interesse, pela qual o poder de direção é consequência do interesse do empregador em organizar o trabalho para atingir os fins do seu negócio; iii) a teoria institucionalista, que entende a empresa como instituição, cabendo ao empregador agir como se a governasse; e iv) a teoria contratualista, majoritária, pela qual o poder de direção está fundado no contrato de trabalho, no qual o empregado, por vontade própria, se põe em posição de subordinação e aceita ter suas atividades dirigidas pelo patrão (SILVA, 2006).

Segundo a autora, o poder diretivo se manifesta em três dimensões: poder de organização; poder disciplinar; e poder de controle.

A primeira delas, que inclui o poder regulamentar, corresponde ao poder de organização das atividades, decorrente do direito de propriedade. Como desdobramentos do

3 “Art. 483 - O empregado poderá considerar rescindido o contrato e pleitear a devida indenização quando: a) forem exigidos serviços superiores às suas forças, defesos por lei, contrários aos bons costumes, ou alheios ao contrato; b) for tratado pelo empregador ou por seus superiores hierárquicos com rigor excessivo; c) correr perigo manifesto de mal considerável; d) não cumprir o empregador as obrigações do contrato; e) praticar o empregador ou seus prepostos, contra ele ou pessoas de sua família, ato lesivo da honra e boa fama; f) o empregador ou seus prepostos ofenderem-no fisicamente, salvo em caso de legítima defesa, própria ou de outrem; g) o empregador reduzir o seu trabalho, sendo este por peça ou tarefa, de forma a afetar sensivelmente a importância dos salários”.

poder de organização temos as prerrogativas do empregador de escolher a atividade a ser exercida, o tipo de sociedade, o número de empregados, de elaborar o regulamento da empresa. O poder de organização não é absoluto, podendo ser limitado pela lei, pela negociação coletiva e pela sentença normativa, afinal a empresa, além de sua função econômica, possui função social (SILVA, 2006).

Outra questão relativa ao poder de organização diz respeito às alterações do contrato empregatício. Embora a regra dada pela CLT em seu artigo 468⁴ seja que a licitude da alteração depende do consentimento de ambas as partes e da ausência de prejuízos diretos ou indiretos ao empregado, há casos especiais nos quais o empregador pode efetuar alterações unilaterais no contrato, exercendo o *jus variandi*⁵, como no caso do retorno do empregado de confiança ao cargo ocupado anteriormente por determinação do empregador (art. 468, parágrafo único, CLT⁶).

O poder disciplinar, por sua vez, trata da prerrogativa do empregador de estabelecer sanções aos seus empregados (SILVA, 2006). Em nosso ordenamento jurídico, podem ser aplicadas como sanções a advertência, sem previsão legal, a suspensão (art. 474 da CLT⁷) e a rescisão do contrato empregatício por justa causa do obreiro (art. 482 da CLT⁸). Importante destacar que as sanções disciplinares estão sujeitas ao controle do judiciário. Ressalte-se que Maurício Godinho Delgado (2016) não enxerga o poder disciplinar como dimensão do poder diretivo, mas como modalidade específica do poder empregatício em virtude das figuras

4 “Art. 468 - Nos contratos individuais de trabalho só é lícita a alteração das respectivas condições por mútuo consentimento, e ainda assim desde que não resultem, direta ou indiretamente, prejuízos ao empregado, sob pena de nulidade da cláusula infringente desta garantia”.

5 É legítimo o exercício do *jus variandi*, isto é, pode o empregador estabelecer alterações unilaterais no contrato de trabalho apenas quando essas alterações tiverem conteúdo técnico de fundo administrativo e não prejudicarem o empregado. Como exemplo de uso legítimo do *jus variandi* temos: mudança do horário de trabalho sem alteração da jornada; transferência do empregado de uma seção para outra; modificação das normas reguladoras do trabalho (MESQUITA, 1991).

6 “Parágrafo único - Não se considera alteração unilateral a determinação do empregador para que o respectivo empregado reverta ao cargo efetivo, anteriormente ocupado, deixando o exercício de função de confiança”.

7 “Art. 474 - A suspensão do empregado por mais de 30 (trinta) dias consecutivos importa na rescisão injusta do contrato de trabalho”.

8 “Art. 482 - Constituem justa causa para rescisão do contrato de trabalho pelo empregador: a) ato de improbidade; b) incontinência de conduta ou mau procedimento; c) negociação habitual por conta própria ou alheia sem permissão do empregador, e quando constituir ato de concorrência à empresa para a qual trabalha o empregado, ou for prejudicial ao serviço; d) condenação criminal do empregado, passada em julgado, caso não tenha havido suspensão da execução da pena; e) desídia no desempenho das respectivas funções; f) embriaguez habitual ou em serviço; g) violação de segredo da empresa; h) ato de indisciplina ou de insubordinação; i) abandono de emprego; j) ato lesivo da honra ou da boa fama praticado no serviço contra qualquer pessoa, ou ofensas físicas, nas mesmas condições, salvo em caso de legítima defesa, própria ou de outrem; k) ato lesivo da honra ou da boa fama ou ofensas físicas praticadas contra o empregador e superiores hierárquicos, salvo em caso de legítima defesa, própria ou de outrem; l) prática constante de jogos de azar. Parágrafo único - Constitui igualmente justa causa para dispensa de empregado a prática, devidamente comprovada em inquérito administrativo, de atos atentatórios à segurança nacional”.

jurídicas específicas ao exercício desse poder, como o “ilícito administrativo”, a “sanção” e o “procedimento punitivo.

Finalmente, há o poder de controle do empregador, ou poder fiscalizatório, por meio do qual este fiscaliza as atividades profissionais dos funcionários (SILVA, 2006). O controle pode ser exercido pelos mais variados meios, entre eles, controle de portaria, revistas, câmeras, controle de jornada, prestação de contas (DELGADO, 2016).

Leda Maria Messias da Silva (2006) afirma que, a fim de se preservar o emprego decente, os direitos da personalidade (nos quais estão inclusos o direito à intimidade, à honra, à vida privada, ao nome) limitam o poder diretivo do empregador. Em suas palavras,

Há que se ter em mente que o trabalhador não pode ser simplesmente um número, um elo de uma fria corrente que o ata ao lucro do empreendimento, um objeto mercável. O homem necessita do trabalho para a sua sobrevivência, mas em nome dessa sobrevivência não pode sujeitar-se à indignidade da escravidão, pelo trabalho ou por relações de trabalho, ao interagir com o seu empregador ou tomador de serviços. O trabalho digno, decente, que não valoriza a máquina mais do que ao homem, deve ser a tônica de uma sociedade mais justa, com menos desigualdades. (SILVA, 2006, p. 277)

Segundo a autora, o princípio da razoabilidade nos dá o limite do poder diretivo diante da dignidade e dos direitos de personalidade do empregado, isto é, as ordens do empregador não poderiam extrapolar “o limite da decência, ou seja, do que é ‘honesto’, ‘conveniente’ e ‘apropriado’, só para usar os termos que explicam o significado da palavra ‘decente’, acrescentando ‘o que é justo’” (SILVA, 2006, p. 279).

Zangrando (*apud* SILVA, 2004) aponta princípios que limitam o poder diretivo do empregador: o poder diretivo não se aplica às situações estranhas ao trabalho; não há subordinação fora do local de trabalho; o grau do poder diretivo é inversamente proporcional ao nível intelectual da prestação de serviço; o empregado, por ser titular do *jus resistantiae*, não é obrigado a cumprir ordens que acarretem grave perigo, forem manifestamente ilegais, de difícil ou impossível execução ou totalmente alheias ao contrato empregatício, ou quando o empregador utiliza o poder diretivo de forma ilegítima.

O autor conclui que o poder diretivo encontra limites na licitude da ordem, no contrato de emprego e na razoabilidade. De acordo com Leda Maria Messias da Silva (2004), é o parâmetro da razoabilidade que protege do poder diretivo os direitos da personalidade do obreiro, que incluem os direitos à vida privada, à intimidade, à honra e à imagem.

Entretanto, é perigoso atrelar a limitação do poder diretivo a um parâmetro de razoabilidade ou de proporcionalidade, vez que a proteção dos direitos do trabalhador ficaria a mercê da discricionariedade do magistrado. Isto é, supostos juízos de razoabilidade e

proporcionalidade, na medida em que revestem com verniz racional uma decisão arbitrária, podem legitimar o desmantelamento da dignidade do obreiro. Por isso, é mais adequado ao princípio da dignidade humana e ao princípio teleológico do direito do trabalho entender que os direitos fundamentais e da personalidade do trabalhador são barreiras intransponíveis ao poder diretivo.

Assim compreende Delgado (2016), para quem os direitos da personalidade do empregado estabelecem contraponto ao exercício do poder empregatício, vez que os princípios, regras e institutos que regulam os direitos da personalidade aplicáveis às relações empregatícias têm *status* de direitos humanos constitucionais fundamentais. Dessa forma, o poder empregatício deve ser civilizado, atenuado e racionalizado a fim de compatibilizar-se aos direitos da personalidade do obreiro. Tal atenuação não tem como objetivo inviabilizar o bom funcionamento da livre iniciativa, também garantida constitucionalmente, mas efetivar a função social da propriedade⁹ e o valor social do trabalho.

Mesquita (1991) ensina que o poder diretivo é limitado espacial e temporalmente. Quanto ao espaço, ou lugar, verifica-se que o poder diretivo estende-se apenas aos lugares de prestação do serviço. Em relação ao tempo, só se justifica o exercício do poder diretivo nos períodos de exercício laborativo, ou seja, no horário convencionado para a prestação do serviço.

O poder fiscalizador, mais especificamente, encontra limites nos princípios e direitos contidos na Constituição Federal (ABREU e ZIMMERMANN, 2005). A Carta Maior, em seu art. 1º, III¹⁰, elenca a dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil. A dignidade enquanto dimensão do trabalho humano, por sua vez, foi assegurada no art. 170, *caput*, da Constituição¹¹, que determina ser objetivo da ordem econômica o proporcionamento de existência digna ao trabalhador. Por fim, o art. 5º, X, do diploma constitucional¹² garante a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas. Segundo Maurício Godinho Delgado (2016), as regras e os princípios previstos na Constituição criam uma fronteira ao exercício indiscriminado do poder de controle, vedando quaisquer medidas que lesem a liberdade ou a dignidade do empregado.

9 “Art. 5º. XXIII - a propriedade atenderá a sua função social”.

10 “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III - a dignidade da pessoa humana”.

11 “Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social[...]”.

12 “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

Dessa forma, para Lília Leonor Abreu e Deyse Jacqueline Zimmermann (2005), a revista pessoal do empregado¹³, fundada no poder fiscalizador do empregador e visando a preservar o patrimônio da empresa e a segurança das pessoas, não poderá ser considerada lícita caso vá de encontro à dignidade, à honra ou à intimidade do obreiro. Em outras palavras, o poder fiscalizador extrapola seus limites ao lesar direitos e garantias fundamentais.

Luiz José de Mesquita, na obra *Direito disciplinar do trabalho* (1991), estabelece três classes de limitações ao poder hierárquico: i) limites resultantes dos direitos da própria instituição; ii) limites derivados de direitos superiores à instituição; e iii) limites acidentalmente resultantes do contrato de trabalho.

Os limites resultantes dos direitos da própria instituição correspondem àqueles limites relacionados à especialidade da instituição. Nesse sentido, a empresa não tem poder sobre seus funcionários quanto às atividades não ligadas ao desempenho das atividades produtivas. Assim, os costumes, crenças religiosas, atividades políticas e tudo o mais que for referente à vida privada do empregado não pode sofrer interferência do poder empregatício, desde que não prejudiquem a realização das atividades da empresa (MESQUITA, 1991).

Os direitos superiores à instituição que limitam o poder empregatício se dividem em duas ordens: os direitos do Estado e os direitos do empregado. Pela primeira ordem, o poder de comando do patrão não pode contradizer leis de ordem pública, prejudicar o funcionamento do serviço público e dificultar ou impedir que os empregados recorram à justiça trabalhista para solucionar seus litígios. Os direitos do empregado, por sua vez, restringem ordens contrárias à dignidade da pessoa humana, à liberdade de consciência e opinião, aos direitos do indivíduo na família (MESQUITA, 1991).

Finalmente, há os limites derivados do contrato de trabalho, de modo que o poder empregatício deve respeitar o que foi justamente pactuado entre as partes e não pode lesar direitos individuais adquiridos pelo obreiro. Em outras palavras, os direitos nascidos do contrato - salário, duração do contrato, aviso prévio, natureza das atividades) são intangíveis, não podem ser unilateralmente modificados (MESQUITA, 1991).

2.3 Controle de jornada de trabalho

O controle da jornada de trabalho é mais um aspecto fundamental relativo ao contrato de emprego. A jornada de trabalho corresponde ao lapso de tempo no qual o empregado se coloca à disposição do empregador para o cumprimento do contrato de trabalho. Consequentemente, ela é medida tanto da principal obrigação do trabalhador -

¹³ A revista pessoal de empregados será abordada mais profundamente no capítulo 3 da presente monografia.

prestação do serviço - quanto da principal vantagem do empregador - apropriação do serviço (DELGADO, 2016).

Hoje, entende-se que as normas referentes à duração do trabalho não são mais estritamente econômicas, e sim possuem o caráter de normas de saúde pública, pois têm função de normas de saúde e segurança do trabalho. Isso porque a quantidade de tempo que obreiro permanece em contato com determinadas atividades ou ambientes influencia fortemente o potencial insalubre dos mesmos. Tal entendimento encontra guarida na Constituição Federal, que, em seu art. 7º, XXII, assegura como direito dos trabalhadores a “redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança” (DELGADO, 2016).

Tendo em vista que o grau de espaçamento da jornada e da duração semanal e mensal do trabalho são fundamentais à deterioração ou melhoria do meio ambiente de trabalho, aumentando ou reduzindo os riscos inerentes à prestação do serviço, o controle da duração do trabalho deve integrar as políticas de saúde pública, pois afeta diretamente a eficácia das providências tomadas pela empresa quanto à medicina e à segurança do trabalho (DELGADO, 2016).

As palavras de Noemia Porto (2009, p. 73-73) são esclarecedoras quanto à relação entre limitação da jornada e a promoção do trabalho decente e da integridade física e psíquica do obreiro:

Os fatores biopsicossociais (sociais, psicológicos e biológicos) do trabalhador demandam que se lhe possa garantir o tempo necessário para a construção de uma identidade pessoal que não necessariamente se relaciona com os desafios do trabalho. O direito de acesso ao trabalho decente – e não apenas o direito a ocupar-se, esclareça-se – é importante dimensão da vida das pessoas, mas não é a única. Além de outros motivos, a construção de laços familiares e de relações sociais, a recomposição da energia física e a reabilitação da criatividade mental, além da integridade emocional – que não se compatibilizam com o excesso de trabalho –, são fatores que reclamam pensar a limitação da jornada com inserção adequada na temática dos direitos sociais fundamentais da classe trabalhadora.

Delgado (2016) apresenta três critérios gerais para a fixação da extensão da jornada de trabalho: tempo efetivamente trabalhado; tempo à disposição do empregador no centro de trabalho; e tempo gasto no trajeto residência-trabalho-residência. Adicionalmente, elenca dois critérios especiais, aplicáveis a determinadas categorias: tempo prontidão; e tempo sobreaviso.

O primeiro critério inclui na jornada de trabalho apenas o tempo efetivamente trabalhado pelo obreiro, excluindo-se todo lapso temporal que não consista em, de fato, prestação de serviço. Por esse critério, o trabalhador arcaria com parte do risco do empreendimento, vez que a remuneração é paga em proporção direta ao trabalho efetivamente

prestado (DELGADO, 2016). A ordem normativa trabalhista brasileira, devido ao art. 4º da CLT¹⁴, rejeita, em regra, esse critério. Excepcionalmente, admite-se o cálculo salarial por peça produzida, desde que respeitado o salário mínimo (CLT, art. 78, c/c CF, art. 7º, VII).¹⁵

O segundo critério aceita como componente da jornada de trabalho o tempo à disposição do empregador no centro de trabalho, independentemente de haver ou não efetivo serviço prestado. É o critério adotado pela legislação brasileira, com base no já mencionado art. 4º da CLT.

O terceiro e último critério geral inclui na jornada de trabalho o tempo de deslocamento de ida e volta da casa para o local de trabalho (DELGADO, 2016). A doutrina entende que o art. 4º da CLT não abarca essa situação, motivo pelo qual o critério não é adotado pela legislação do Brasil¹⁶.

Quanto aos critérios específicos de fixação da jornada de trabalho, temos, primeiramente, o tempo de prontidão, definido por Delgado (2016, p. 964) como “o período tido como integrante do contrato e do tempo de serviço obreiro em que o ferroviário fica nas dependências da empresa ou via férrea respectiva (a CLT fala ‘dependências da Estrada’), aguardando ordens” (art. 244, *caput* e § 3º, CLT).¹⁷ Importante perceber que, nesse caso, a lei posiciona o tempo de prontidão como intermediário entre o tempo à disposição do empregador e o tempo extracontratual do obreiro. Isso se explica pelo fato de que o trabalhador, embora não esteja laborando, tem sua disponibilidade pessoal limitada, visto que está restrito às dependências do estabelecimento empresarial. Nota-se que a lei trabalhista confere menor peso jurídico a essa situação que ao tempo à disposição do empregador no centro de trabalho, pois o pagamento das horas de prontidão é no valor de dois terços do salário-hora normal.

14 “Art. 4º - Considera-se como de serviço efetivo o período em que o empregado esteja à disposição do empregador, aguardando ou executando ordens, salvo disposição especial expressamente consignada”.

15 “Art. 78 - Quando o salário for ajustado por empreitada, ou convencionado por tarefa ou peça, será garantida ao trabalhador uma remuneração diária nunca inferior à do salário mínimo por dia normal da região, zona ou subzona”.

“Art. 7º. VII - garantia de salário, nunca inferior ao mínimo, para os que percebem remuneração variável”

16 Salvo para o cômputo de horas *in itinere*, hipótese em que o empregador oferece condução para os empregados em razão de local de trabalho de difícil acesso ou não servido por transporte público.

17 “Art. 244. As estradas de ferro poderão ter empregados extranumerários, de sobre-aviso e de prontidão, para executarem serviços imprevistos ou para substituições de outros empregados que falem à escala organizada. [...] § 3º Considera-se de “prontidão” o empregado que ficar nas dependências da estrada, aguardando ordens. A escala de prontidão será, no máximo, de doze horas. As horas de prontidão serão, para todos os efeitos, contadas à razão de 2/3 (dois terços) do salário-hora normal”.

Por fim, o tempo de sobreaviso corresponde ao tempo em que o ferroviário permanece em seu domicílio, aguardando chamado para o serviço (art. 244, § 2º, CLT).¹⁸ Aqui tem-se outra situação intermediária entre o tempo à disposição no centro de trabalho. Entretanto, o peso jurídico dado ao tempo de sobreaviso é menor que aquele conferido ao tempo de prontidão, já que, aqui, a disponibilidade pessoal do obreiro é relativamente limitada - o trabalhador deve permanecer em sua residência, local onde goza de maior autonomia, quando comparado às dependências da empresa (DELGADO, 2016).

Importante mencionar, nesse ponto, um embate doutrinário acarretado pelos avanços tecnológicos em relação ao tempo de sobreaviso: se é possível a aplicação analógica dessa figura aos empregados que utilizam, fora do horário de trabalho, aparelhos que possibilitem o contato imediato com o empregador e consequente retorno ao trabalho, como é o caso dos *smartphones*. Do lado favorável à aplicação, há o argumento de que tais aparelhos colocariam o obreiro em situação de disponibilidade pessoal relativa perante o tomador do serviço, razão pela qual a hipótese se aproxima da figura especial do tempo de sobreaviso. O argumento contrário baseia-se na disparidade fática entre as situações, visto que no tempo de sobreaviso há a presunção de que o empregado permanecerá em casa. O fato de o trabalhador poder se movimentar livremente, para essa corrente, é suficiente para afastar a limitação de sua disponibilidade pessoal (DELGADO, 2016).

O TST pacificou o tema por meio da súmula nº 428¹⁹, determinando que o uso de instrumentos telemáticos ou de informática fornecidos pela empresa não caracteriza, por si só, o regime de sobreaviso; para tanto, é necessário que o empregado permaneça em regime de plantão ou equivalente, aguardando o chamado para o serviço durante o período de descanso. Mallet (2012) esclarece que o elemento fundamental do sobreaviso é a restrição da liberdade de locomoção do empregado.

Uma vez definida a jornada de trabalho e fixados os seus critérios, faz-se necessário discorrer sobre o controle ou fiscalização do tempo de disposição do empregado em relação ao empregador. Afinal, para a aferição da prestação de eventuais horas extraordinárias é preciso um mínimo de controle sobre o tempo de trabalho. Dessa maneira, existem duas

18 “Art. 244. § 2º Considera-se de "sobre-aviso" o empregado efetivo, que permanecer em sua própria casa, aguardando a qualquer momento o chamado para o serviço. Cada escala de "sobre-aviso" será, no máximo, de vinte e quatro horas. As horas de "sobre-aviso", para todos os efeitos, serão contadas à razão de 1/3 (um terço) do salário normal”.

19 “Súmula nº 428 do TST SOBREAVISO APLICAÇÃO ANALÓGICA DO ART. 244, § 2º DA CLT (redação alterada na sessão do Tribunal Pleno realizada em 14.09.2012) - Res. 185/2012, DEJT divulgado em 25, 26 e 27.09.2012 I - O uso de instrumentos telemáticos ou informatizados fornecidos pela empresa ao empregado, por si só, não caracteriza o regime de sobreaviso. II - Considera-se em sobreaviso o empregado que, à distância e submetido a controle patronal por instrumentos telemáticos ou informatizados, permanecer em regime de plantão ou equivalente, aguardando a qualquer momento o chamado para o serviço durante o período de descanso”.

modalidades de jornada de trabalho: as controladas, nas quais há efetivo controle sobre a prestação do trabalho e, caso ocorra extrapolação da jornada padrão, computam-se horas extraordinárias; e as não controladas, nas quais não há fiscalização do tempo de disponibilidade do empregado e, como consequência, não é possível, em regra, o cálculo das horas extraordinárias (DELGADO, 2016).

As jornadas controladas são a regra geral no direito brasileiro, que estabelece a presunção de que é controlada a jornada do trabalhador. Por outro lado, o art. 62 da CLT²⁰ elenca dois tipos de empregado para os quais, em razão da situação empregatícia, é inviável o efetivo controle da jornada laboral. São i) os trabalhadores que exercem atividade externa incompatível com a fixação de horário e ii) os exercentes de cargos de gestão. Ressalte-se que a CLT gera apenas presunção de ausência de controle; dessa forma, o empregado pode fazer jus a horas extraordinárias caso prove a ocorrência de efetiva fiscalização sobre a jornada (DELGADO, 2016).

A Constituição Federal, em seu art. 7º, XIII²¹, limita a jornada de trabalho a oito horas diárias e 44 semanais. Percebe-se, portanto, que a limitação da jornada de trabalho tem inegável dimensão pública, razão pela qual o controle da jornada exercida pelo empregador tem caráter dúplice de prerrogativa e de dever. A limitação constitucional do tempo de trabalho impõe aos contratantes a obrigação de controlar o tempo de disponibilidade do trabalhador, fixando fronteiras claras à jornada de trabalho (PORTO, 2009).

Em relação às formas de controle de jornada, o art. 74, § 2º, da CLT²² dispõe que, em empresas com mais de dez empregados, o empresário deve manter o registro diário dos horários de trabalho prestados por seus funcionários. Além disso, a produção da documentação que atesta o tempo de trabalho prestado pelo obreiro, sobre a qual recai interesse público, deve ser bilateral. Caso contrário, uma das partes poderia unilateralmente, sem controle, determinar o tempo de trabalho prestado (SCHMIDT; VARGAS, 2011).

Essa documentação, desde que produzida bilateralmente e sujeita a critérios de confiabilidade, gera presunção de veracidade dos registros nela contidos e é prova pré-

20 “Art. 62 - Não são abrangidos pelo regime previsto neste capítulo: I - os empregados que exercem atividade externa incompatível com a fixação de horário de trabalho, devendo tal condição ser anotada na Carteira de Trabalho e Previdência Social e no registro de empregados; II - os gerentes, assim considerados os exercentes de cargos de gestão, aos quais se equiparam, para efeito do disposto neste artigo, os diretores e chefes de departamento ou filial”.

21 “Art. 7º. XIII - duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho”

22 “Art. 74. § 2º - Para os estabelecimentos de mais de dez trabalhadores será obrigatória a anotação da hora de entrada e de saída, em registro manual, mecânico ou eletrônico, conforme instruções a serem expedidas pelo Ministério do Trabalho, devendo haver pré-assinalação do período de repouso”.

constituída a ser produzida em juízo. Por outro lado, caso ausentes ou inexistentes esses registros, a doutrina entende haver confissão ficta do empregador quanto aos horários de trabalho alegados pelo empregado (SCHMIDT; VARGAS, 2011).

No que tange aos critérios práticos de confiabilidade dos registros horários, Schmidt e Vargas (2011) assim os enumeram: as marcações devem ser feitas pelo próprio obreiro; os registros devem ser feitos no exato momento de entrada e saída, não se admitindo a produção de relatórios posteriores, mesmo que realizados pelo empregado; os registros devem ser completos, contendo a identificação do trabalhador e do seu setor, o dia do mês e da semana e os horários de entrada e saída; os registros devem ser precisos, sendo vedado o arredondamento dos horários; os registros devem ser permanentes, de forma que, uma vez feitas as marcações, estas não podem ser alteradas; e, por fim, os registros devem ser assinados pelo empregado.

Com a chegada do “ponto eletrônico”, esses critérios de confiabilidade tornaram-se inaplicáveis. É que o controle eletrônico dos horários não deixa vestígio físico, mas consiste em dados digitais que podem, em tese, ser manipulados. Como consequência, não há mais certeza se os horários constantes no relatório correspondem à realidade ou não (SCHMIDT; VARGAS, 2011).

Com isso em vista, o Ministério do Trabalho editou as Portarias 1510/2009 e 373/2011, que estabeleceram uma série de medidas moralizadoras do sistema de ponto eletrônico que respondem aos questionamentos acima levantados. Primeiramente, há a responsabilização dos fabricantes de sistema de ponto eletrônico pela confiabilidade de seus equipamentos, os quais devem atender a exigências mínimas e serem assim certificados. Ademais, é exigido que o sistema expeça um extrato de cada marcação feita pelo trabalhador, razão pela qual ambas as partes da relação de trabalho passam a contar com documentação confiável. Finalmente, é possível o cotejo dos relatórios apresentados (que são dados tratados, passíveis de alteração) com os dados brutos do sistema, o que garante a rastreabilidade e confiabilidade das alterações realizadas pelos departamentos de gestão de pessoas das empresas (SCHMIDT; VARGAS, 2011).

3 A PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO TRABALHADOR NO CONTRATO DE TRABALHO

3.1 Direitos fundamentais e dignidade da pessoa humana

Os direitos humanos fundamentais são aqueles “considerados indispensáveis à pessoa humana, necessários para assegurar a todos uma existência digna, livre e igual”

(GAMBA, 2007, p. 27). Ademais, não basta o reconhecimento formal deles pelo Estado - deve-se buscar sua concretização e incorporação à vida dos cidadãos. Nas palavras de Antonio Enrique Pérez Luño citadas por Gamba (2007, p. 27), os direitos humanos são

um conjunto de faculdades e instituições que, em cada momento histórico, concretiza as exigências da dignidade, da liberdade e da igualdade humanas, as quais devem ser reconhecidas positivamente pelos ordenamentos jurídicos nos âmbitos nacional e internacional.

Com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, os direitos humanos e liberdades fundamentais foram caracterizados como algo a ser realizado em todos os povos e nações²³. Posteriormente, a Conferência de Viena, de 1993, reafirmou a “universalidade, irrenunciabilidade, inalienabilidade, imprescritibilidade e inter-relacionamento desses direitos” (GAMBA, 2007, p. 27).

Como exigência de concretização dos direitos humanos temos o princípio da dignidade da pessoa humana, fundamento de qualquer sistema jurídico legítimo (BARBOSA JUNIOR, 2008). Todos os demais direitos individuais se voltam a concretizar a dignidade humana, a qual, segundo Brito Filho (*apud* BARBOSA JUNIOR, 2008), é uma qualidade intrínseca e inerente ao ser humano capaz de torná-lo merecedor de respeito e consideração tanto pelo Estado, quanto pela sociedade. Como consequência dessa qualidade, existem diversos direitos e deveres fundamentais garantidores de um patamar mínimo para o desfrute de uma vida saudável e promotores da participação ativa e responsável do indivíduos nos destinos de sua própria existência, de forma a protegê-lo de atos degradantes e desumanos (BARBOSA JUNIOR, 2008).

De acordo com Sarlet (*apud* COELHO, 2004), a dignidade da pessoa humana é o princípio constitucional de maior hierarquia axiológica, englobando o respeito e a proteção à integridade física e psíquica, elemento especialmente relevante no contexto atual de globalização, privatização e exclusão social. O autor lembra, ainda, que a dignidade, irrenunciável e inalienável, é elemento que qualifica o ser humano como tal e dado prévio ao direito, devendo este protegê-la e promovê-la.

23 “Assembléia Geral proclama a presente Declaração Universal dos Direitos Humanos como ideal comum a atingir por todos os povos e todas as nações, a fim de que todos os indivíduos e todos os órgãos da sociedade, tendo-a constantemente no espírito, se esforcem, pelo ensino e pela educação, por desenvolver o respeito desses direitos e liberdades e por promover, por medidas progressivas de ordem nacional e internacional, o seu reconhecimento e a sua aplicação universais e efectivos tanto entre as populações dos próprios Estados membros como entre as dos territórios colocados sob a sua jurisdição”. Disponível em <http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf>. Acesso em 09 de setembro de 2016.

Tal princípio, por ser o valor principal dos Estados Democráticos de Direito e maior fonte de inspiração do direito edificado a partir da metade do século passado, deve ser entendida como instrumento de interpretação e aplicação de normas jurídicas. Dessa forma, ele é indispensável à completude do ordenamento jurídico e à construção de um país mais democrático (GAMBA, 2007).

Assim, segundo Rizzato Nunes (*apud* COELHO, 2004), o princípio da dignidade da pessoa humana ilumina todos os demais princípios e normas constitucionais e infraconstitucionais, de modo que o operador do direito deve considerá-lo em qualquer ato de aplicação, interpretação ou criação de normas jurídicas. Na Constituição de 1988, a dignidade humana é o núcleo central dos direitos fundamentais, razão pela qual qualquer ação humana deve observância a ela, que serve como norte interpretativo geral (BARBOSA JUNIOR, 2008).

Não há dúvida, portanto, de que o princípio da dignidade da pessoa humana reflita nas demais garantias constitucionais, inclusive nos complexos de direitos fundamentais ligados ao Direito do Trabalho e ao Direito Ambiental do Trabalho. Nesse sentido, a lição de Hermano Queiroz Junior (*apud* GAMBA, 2007, p. 28, grifo da autora):

O princípio da dignidade da pessoa humana há de ser considerado como o fundamento de todo o sistema dos direitos fundamentais, no sentido de que estes constituem exigências, concretizações e desdobramentos da dignidade da pessoa humana e com fundamento nesta devem ser interpretados. Ora, em que pese à existência de algumas divergências doutrinárias acerca da validade desta premissa no que tange à totalidade dos direitos fundamentais previstos no nosso ordenamento constitucional, *a nós se afigura indene de questionamentos que, em sede de direitos constitucionais dos trabalhadores, a integral procedência de referido entendimento revela-se irretorquível, na medida em que todos os direitos fundamentais enquadrados em referida categoria legitimam seu reconhecimento na dignidade da pessoa humana do trabalhador.*

Por outro lado, a Constituição Federal restringe o exercício da atividade econômica e a propriedade privada ao determinar que, no domínio econômico, devem ser observados parâmetros que assegurem uma existência digna, parâmetros esses que consubstanciam a valorização e o reconhecimento do valor social do trabalho humano como meio de assegurar a todos vida digna (BARBOSA JUNIOR, 2008). A partir disso, temos a dignidade humana em sua dimensão trabalhista, definida por Ruprecht (*apud* BARBOSA JUNIOR, 2008, p. 27) da seguinte maneira:

O princípio da dignidade humana também conhecido como o princípio do valor humano consiste em considerar o trabalhador não como uma mercadoria ou elemento de produção, mas como ser humano. Na aplicação do *jus variandi* deve ser respeitada a dignidade física e moral do empregado.

O princípio da dignidade da pessoa humana se desdobra nos direitos fundamentais, que surgiram inicialmente como meio de proteção das pessoas contra a atuação destrutiva da arbitrariedade estatal, limitando a atuação do Estado para assegurar a liberdade do indivíduo. Entretanto, a história demonstrou que a proteção do sujeito somente em relação ao Estado é insuficiente, vez que há particulares que, tendo em vista a desigualdade social, são capazes de lesar a dignidade de outros (GIORDANI, 2013). Assim afirmou o Ministro Augusto César Leite de Carvalho ao dizer que “o poder crescente das instâncias de poder não estatais, como as grandes empresas ou as empresas em rede, no seio das economistas capitalistas, converteu-se em uma ameaça à efetividade dos direitos humanos” (CARVALHO *apud* GIORDANI, 2013).

Dessa necessidade de proteção da pessoa em face de particulares surgem os direitos sociais, contexto em que se inserem os direitos trabalhistas. São direitos fundamentais baseados na dignidade humana, na liberdade, na igualdade e na solidariedade que visam à satisfação de necessidades e carências humanas (ARRUDA, 2009).

Nesse sentido, o reconhecimento dos direitos dos trabalhadores como direitos fundamentais evidencia a dimensão pública da relação de trabalho, razão pela qual é possível afirmar que a Constituição de 1988 reconhece o local de trabalho como espaço público. Como consequência, deve-se enxergar o espaço de trabalho pela lógica da esfera pública, em que busca-se garantir a dignidade das pessoas por meio da concretização dos direitos fundamentais, e não pela ótica da esfera privada, pautada pela lógica do mercado e pela supremacia dos direitos de propriedade (SILVA, 2011). Em outras palavras,

A tutela legal de direitos que asseguram aos trabalhadores: a) liberdade de manifestação de ideias, b) liberdade de consciência, com proibição de investigar suas opiniões, c) direito à intimidade, com proibição de implantar instalações audiovisuais que tenham como finalidade controlar à distância suas atividades, d) direito de igualdade e vedação de discriminações, e) direito de associação sindical e liberdade de ação dentro da fábrica [...] tem forte repercussão. A positivação representa muito mais do que o reconhecimento da exigibilidade de tais direitos, ou garantias para o exercício de tais liberdades nas relações laborais. Traduziria uma conversão da natureza do espaço de trabalho e do próprio direito laboral (SILVA, 2011, p. 279).

3.2 Direito à intimidade, à imagem e à honra

O direito à intimidade, como direito da personalidade²⁴ que é, é absoluto (oponível *erga omnes*), extrapatrimonial (não pode ser aferido economicamente) e intransmissível, além

²⁴ Direitos da personalidade são, para os jusnaturalistas, aqueles próprios da natureza humana; para os positivistas, são aqueles que compõem o mínimo necessário da estrutura da pessoa. Independentemente da corrente adotada, a função dos direitos da personalidade é resguardar a dignidade da pessoa humana (SIMÓN *apud* BARBOSA JUNIOR, 2008).

de ser, em regra, indisponível, irrenunciável e imprescritível (DINIZ *apud* BARBOSA JUNIOR, 2008). Está previsto no Código Civil, que estabelece no art. 21²⁵, que a vida privada das pessoas é inviolável. Esse direito é garantido, também pela Constituição Federal, que em seu art. 5º, X, determina que “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

Vale ressaltar que a irrenunciabilidade acima referida não é absoluta, mas significa que o direito à intimidade não pode ser renunciado de maneira definitiva, de modo que eventual limitação deve considerar aspectos como duração, alcance e intensidade da restrição. Por outro lado, a irrenunciabilidade implica a impossibilidade de o indivíduo ser forçado a abrir mão do direito à intimidade, mesmo que momentaneamente (GOULART, 2014).

No cenário internacional, a privacidade foi reconhecida como direito fundamental pela Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem²⁶, de 1948. Após, a Declaração Universal dos Direitos Humanos²⁷, do mesmo ano, reconheceu o direito à vida privada. Hoje se entende que o direito à intimidade é manifestação do direito à liberdade e visa a proteger a dignidade humana; dessa forma, a defesa da intimidade é suporte para a vida saudável e pressuposto de uma sociedade feliz (BARBOSA JUNIOR, 2008).

Direito à intimidade e à vida privada não se confundem: aquele se refere a fatos pessoais do sujeito que até as pessoas mais próximas a ele podem desconhecer, como orientação sexual, hábitos e vícios; enquanto a vida privada trata das relações do indivíduo com sua família e terceiros, impedindo condutas por parte do empregador como exigir determinados comportamentos fora do ambiente de trabalho e importunar o obreiro em horários destinados ao descanso a partir do uso de celular ou e-mail (SILVA, 2004).

Coelho (2004) afirma que, doutrinariamente, o conceito de vida privada diz respeito à relação do indivíduo com a coletividade, protegendo aquele do conhecimento alheio. Intimidade, por sua vez, refere-se a uma esfera ainda mais restrita, que permite o desenvolvimento reservado da personalidade. Segundo Adriana Calvo (2009), o direito à privacidade é constituído na escolha do sujeito entre revelar ou não aquilo que é íntimo, construindo, assim, a própria imagem.

25 “Art. 21. A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma.”

26 “Artigo V. Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra os ataques abusivos à sua honra, à sua reputação e à sua vida particular e familiar”.

27 “Artigo XII. Ninguém será sujeito à interferência em sua vida privada, em sua família, em seu lar ou em sua correspondência, nem a ataque à sua honra e reputação. Todo ser humano tem direito à proteção da lei contra tais interferências ou ataques”.

Quanto ao direito à imagem, é possível dividi-lo em imagem-retrato e imagem-atributo. Um exemplo de lesão ao direito à imagem-retrato é a divulgação não consentida da imagem do trabalhador em uma propaganda televisiva. Uma conduta violadora do direito à imagem-atributo, por outro lado, seria a criação e divulgação por parte do empregador de uma lista com os piores funcionários do mês (SILVA, 2004).

O direito à honra, por sua vez, está ligado à preservação da reputação do empregado quanto ao seu bom nome, à sua ética, ao “conjunto de qualidades que o identificam como moralmente correto numa determinada sociedade ou em sua comunidade de trabalho” (SILVA, 2004, p. 61).

Não obstante o fundamento constitucional desses direitos, nas relações empregatícias, nas quais é comum que o ser humano seja visto como apenas mais uma engrenagem na linha de produção, o poder advindo do direito de propriedade é usado como fundamento legitimador da invasão da vida privada do trabalhador. Tal situação corresponde a uma triste inversão de valores, já que pela teleologia do Estado de Direito e pelo princípio tuitivo do Direito do Trabalho a proteção dos direitos fundamentais do obreiro estão em um patamar mais elevado de proteção pela ordem jurídica (BARBOSA JUNIOR, 2008). Isto é, o empregador, ao exercer seu poder de direção, deve fazê-lo tendo em vista a dignidade do trabalhador, de forma ética e solidária e com boa fé (CALVO, 2008).

Deve-se lembrar que o empregado, ao pactuar o contrato de trabalho, aceitando submeter-se ao poder diretivo do empregador, não abre mão da sua condição de cidadão e nem disponibiliza seus direitos fundamentais (RAMOS, 2015). Segundo Sandra Lia Simón (2003) a intimidade e a vida privada não podem ser sacrificadas, principalmente em um relação de emprego, onde há forte desequilíbrio de poder entre as partes. A despeito disso, a violação da intimidade do trabalhador por parte do empregador é fato que não pode ser negado e se dá por inúmeras maneiras:

a prática de inclusão em questionário confeccionado pela empresa e a ser utilizado no momento da admissão, com perguntas acerca do estado de saúde do empregado, quando não se tratar de doença infectocontagiosa e, indagações referentes à orientação sexual do empregado, bem como sua orientação político-ideológica (caso de exigência para que o empregado vote nesse ou naquele político ou que se filie a determinado partido político); colocar câmeras de vídeo em vestiários, banheiros, refeitórios ou outras áreas da empresa destinadas à socialização dos empregados; revistas pessoais constrangedoras, com inspeção em partes íntimas dos (as) empregados (as): o art.373 A, dispõe ser vedado “proceder o empregador ou preposto a revistas íntimas nas empregadas ou funcionárias”; exigir que divulgue segredos profissionais não fundamentados no contrato de trabalho; violação de sua correspondência pessoal, correio eletrônico, como o e-mail. Inclusive, o inciso XII do art.5º da Constituição prevê que “é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo no

último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal” (SILVA, 2004, p. 59).

Como primeiro exemplo de lesão aos direitos da personalidade do obreiro temos as práticas regulares de revistas pessoais. A revista íntima do empregado foi expressamente proibida pela Lei nº 9.799/99, que incluiu o art. 373A na CLT, com a seguinte redação:

Art. 373A. Ressalvadas as disposições legais destinadas a corrigir as distorções que afetam o acesso da mulher ao mercado de trabalho e certas especificidades estabelecidas nos acordos trabalhistas, é vedado:

I - publicar ou fazer publicar anúncio de emprego no qual haja referência ao sexo, à idade, à cor ou situação familiar, salvo quando a natureza da atividade a ser exercida, pública e notoriamente, assim o exigir;

II - recusar emprego, promoção ou motivar a dispensa do trabalho em razão de sexo, idade, cor, situação familiar ou estado de gravidez, salvo quando a natureza da atividade seja notória e publicamente incompatível;

III - considerar o sexo, a idade, a cor ou situação familiar como variável determinante para fins de remuneração, formação profissional e oportunidades de ascensão profissional;

IV - exigir atestado ou exame, de qualquer natureza, para comprovação de esterilidade ou gravidez, na admissão ou permanência no emprego;

V - impedir o acesso ou adotar critérios subjetivos para deferimento de inscrição ou aprovação em concursos, em empresas privadas, em razão de sexo, idade, cor, situação familiar ou estado de gravidez;

VI - proceder o empregador ou preposto a revistas íntimas nas empregadas ou funcionárias”. (grifou-se)²⁸

Embora a legislação trabalhista tenha proibido a revista íntima, ela foi silente em relação às demais formas de revista. Entretanto, a eventualidade das subtrações materiais por parte do empregado e a possibilidade de acionamento policial como meio de investigação e sancionamento das práticas, além da presunção constitucional da inocência permitem entender que as revistas regulares vão de encontro à dignidade do trabalhador. A subordinação jurídica do empregado ao empresário não pode ser usada como fundamento legitimador das revistas regulares, já que tal subordinação não é capaz de permitir a violação de direitos constitucionais do obreiro (BARBOSA JUNIOR, 2008).

Há também empregadores que procedem a fiscalização das bolsas, mochilas e sacolas dos funcionários de estabelecimento empresarial por meio de fiscais, ou solicitando que o obreiro exiba os objetos que guarda nesses recipientes. Brasilino Ramos (2015) defende que essa conduta, assim como no caso da revista pessoal, ofende a intimidade do trabalhador, uma vez que tais recipientes podem conter objetos afetos ao íntimo do empregado, como medicamentos (antidepressivos, anticoncepcionais, inibidores de apetite), roupas íntimas, absorventes, objetos os quais o indivíduo não deseja compartilhar ou expor. Segundo o autor, as prerrogativas do empregador de controle, de vigilância e de fiscalização do ambiente de

²⁸ Não obstante a referência ao gênero feminino das obreiras - tendo em vista que a lei dispõe sobre o acesso da mulher ao mercado de trabalho - entende-se que, pelo princípio da isonomia, a norma se aplica aos indivíduos independentemente de gênero (CALVO, 2008).

trabalho só se legitimam diante da preservação da privacidade, da imagem e da honra do obreiro.

Por outro lado, Mallet (2009) entende que as revistas não íntimas, amparadas pelo poder diretivo do empregador, inclusive o exame de bolsas, sacolas e armários, não violam a obrigação de boa fé contratual. Entretanto, para o autor, tais revistas só se justificam se houver: i) necessidade da fiscalização para a proteção da segurança dos indivíduos no interior do estabelecimento empresarial ou do patrimônio da empresa; ii) proporção entre a medida tomada e o fim a ser atingido - se o resultado protetivo puder ser obtido sem o uso da revista, ela não é legítima; iii) aviso prévio ao empregado sobre a possibilidade de ele ser revistado; iv) respeito à dignidade do obreiro - a revista deve ser realizada em local reservado, feita por pessoa do mesmo gênero se implicar contato físico, não se pode danificar os pertences do trabalhador ou deixá-los expostos ao olhar de terceiros.

Como último requisito, Mallet (2009) elenca a impossibilidade de revistas com caráter discriminatório ou persecutório. Isto é, não podem ser realizadas revistas restritas a funcionários de determinado gênero, ou originários de certa região do país, ou que recebam salário inferior a certo valor, para citar alguns exemplos.

O Tribunal Superior do Trabalho, no que tange à possibilidade de revistas com desnudação do trabalhador, tem entendido pela impossibilidade da conduta, como demonstra o seguinte julgado:

“I - AGRAVO DE INSTRUMENTO. DANOS MORAIS. REVISTA ÍNTIMA. Verifica-se que possivelmente foi violado o art. 5º, X, da Constituição Federal. Agravo de instrumento a que se dá provimento. II - RECURSO DE REVISTA. DANOS MORAIS. REVISTA ÍNTIMA. **A jurisprudência prevalecente desta Corte Superior estabelece que a exposição do trabalhador a revistas íntimas, em que é obrigado a se desnudar na frente de supervisores, do chefe, ou até de outros colegas, é abusiva, e excede o poder diretivo do empregador, ofendendo a dignidade da pessoa humana e o direito à intimidade do empregado.** Neste caso, conforme se depreende da decisão recorrida, o reclamante era compelido a despir-se, na frente de seguranças da reclamada, permanecendo de roupas íntimas, quando havia diferença de numerário ou mediante sorteio, de forma aleatória, quando não havia diferenças, o que não se admite, uma vez que os fatos relatados pelo Regional bastam para se ter como configurado o dano moral, pela ofensa à intimidade e à dignidade do empregado. Configurada a violação do art. 5º, X, da Constituição Federal. Valor arbitrado em R\$ 5.000,00 (cinco mil reais). Recurso de revista a que se dá provimento”. RR - 63000-60.2006.5.02.0073 , Relatora Ministra: Kátia Magalhães Arruda, Data de Julgamento: 24/09/2014, 6ª Turma, Data de Publicação: DEJT 26/09/2014. Grifou-se.

Outro julgado demonstra que não basta a completa desnudação do obreiro para que a revista pessoal lese sua dignidade, bastando para isso a exigência de que os funcionários levantem a blusa, abram o zíper das calças e tirem os sapatos:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. RESPONSABILIDADE CIVIL. REVISTA ÍNTIMA. ASSÉDIO MORAL. DANOS MORAIS. A responsabilidade civil da reclamada decorreu do balizamento fático dado pela Corte de origem, insuscetível de revisão, pelo óbice da Súmula 126 do TST. Acresça-se que o Regional não dirimiu a controvérsia atinente aos danos morais com esteio na distribuição do ônus probatório, mas, isto sim, com lastro nas provas apresentadas, conforme o livre convencimento motivado que preconiza o art. 131 do CPC. Incólumes os arts. 818 da CLT e 333 do CPC. **De toda sorte, tal como proferido, o acórdão regional está em sintonia com a iterativa jurisprudência desta Corte Superior que se consolida no sentido de que, quando a revista pessoal implementada pela empresa desborda dos limites do razoável, obrigando seus colaboradores a levantar a blusa, abrir o zíper e tirar os sapatos, há, sem dúvida, constrangimento e violação de sua intimidade de modo a autorizar a reparação civil indenizatória correspondente.** Precedentes. RESPONSABILIDADE CIVIL. REVISTA ÍNTIMA. ASSÉDIO MORAL. DANOS MORAIS. QUANTUM. No que concerne ao quantum indenizatório arbitrado em primeiro grau e mantido pelo Regional em R\$11.717,15, revela-se inviável o prosseguimento da revista, uma vez que, com relação ao tema, a reclamada não aponta ofensa a nenhum dispositivo de lei e/ou da Constituição Federal, nem transcreve arestos a fim de evidenciar a existência de divergência jurisprudencial, não preenchendo, pois, qualquer requisito previsto no art. 896 da CLT. De toda sorte, não há elemento no acórdão recorrido que nos permita compreender que, ao estabelecer o valor do título indenizatório, tenha a Corte de origem deixado de observar o princípio da razoabilidade, a extensão do dano, a condição econômica dos envolvidos e o caráter pedagógico da condenação. Agravo de instrumento conhecido e não provido”. AIRR - 1145-37.2011.5.19.0007, Relator Desembargador Convocado: Breno Medeiros, Data de Julgamento: 17/12/2014, 8ª Turma, Data de Publicação: DEJT 19/12/2014. Grifou-se.

Quanto à revista nos objetos pessoais do trabalhador, o TST, nos embargos ao recurso de revista nº 22700-10.2013.5.13.0007, decidiu pela admissibilidade da conduta, desde que se dê apenas pela visão, sendo vedado o contato físico. Confira-se:

“EMBARGOS EM RECURSO DE REVISTA. INTERPOSIÇÃO NA VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.015/2014. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. REVISTA VISUAL NOS PERTENCES DOS EMPREGADOS. A Egrégia Subseção de Dissídios Individuais 1 do TST decidiu que **a mera revista visual, sem contato físico, nos pertences dos empregados não configura, por si só, ofensa a sua moral e intimidade, constituindo, na realidade, exercício do poder diretivo do empregador, não ensejando ao Autor, portanto, o direito à percepção de indenização por dano moral.** Precedentes. Embargos de que se conhece e a que se nega provimento”. E-RR - 22700-10.2013.5.13.0007, Relator Ministro: Márcio Eurico Vitral Amaro, Data de Julgamento: 23/04/2015, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Data de Publicação: DEJT 30/04/2015. Grifou-se.

Outra forma pela qual é possível a violação da intimidade do empregado é a escuta telefônica, mesmo tendo a Constituição Federal garantido, em seu art. 5º, XII²⁹, “o sigilo das comunicações pessoais, correspondências, comunicações telegráficas, dados de informática e comunicações telefônicas, como meio de proteção da intimidade e privacidade” (BARBOSA JUNIOR, 2008, p. 93). Argumenta-se que durante a jornada de trabalho o obreiro deve tratar

29 “Art. 5º. XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal”.

apenas dos assuntos empresariais, de modo que o empresário poderia ouvir conversas telefônicas sem invadir a vida privada de seus funcionários. Na Inglaterra, por exemplo, a colocação de escutas telefônicas é permitida, sendo vedada a intervenção do patrão na linha (BARBOSA JUNIOR, 2008).

No que pese essa alegação, Barbosa Junior (2008) afirma ser flagrantemente inconstitucional a prática de escutar conversas telefônicas dos trabalhadores, tendo em vista o supracitado dispositivo constitucional. Apesar disso, parte de doutrina defende a possibilidade da escuta caso o telefone seja utilizado exclusivamente para a consecução das atividades laborais (SIMÓN *apud* BARBOSA JUNIOR, 2008). Nesse sentido, MALLET (2009) entende que, caso o empregado tenha ciência de que a ligação telefônica poderá ser gravada ou fiscalizada, a prática é legitimada pelo consentimento tácito do funcionário.

Barbosa Junior (2008) defende que, a fim de garantir a produtividade no ambiente empresarial, o mais adequado seriam limitações coerentes, como bloqueio de ligação para aparelhos celulares ou imposição de limite à duração das chamadas, para a contenção de abusos. Afinal, a utilização do telefone de forma abusiva pelo obreiro implica a violação de seu dever de diligência, o que pode acarretar uma dispensa por justa causa (art. 482, “e”, da CLT³⁰).

O Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, ao julgar o recurso ordinário nº 00105-2004-016-03-00-0, entendeu ser ilícita a conduta empresarial consistente na gravação e escuta das ligações telefônicas do trabalhador:

“EMENTA: ABUSO DO PODER DIRETIVO E FISCALIZATÓRIO - DANO MORAL CONFIGURADO - REPARAÇÃO DEVIDA - **A prática adotada pela empregadora para a cobrança da produtividade, expondo o empregado a constrangimento e humilhação, bem como a fiscalização excessiva do trabalho prestado, através de escuta e gravação de ligações telefônicas, expondo o trabalhador a situação constrangedora e degradante, configura ilicitude na conduta empresarial. Não obstante se reconheça o poder empregatício conferido ao empregador, é inadmissível o exercício abusivo das prerrogativas fiscalizatória e diretiva, de molde implicar agressão à privacidade, à intimidade e até mesmo à honra do empregado, resultando na ofensa à dignidade do trabalhador como pessoa humana, em evidente afronta a princípios constitucionais expressos (art. 1o., III e IV e 170, caput, da CR/88).** Nos termos do artigo 198 do CC-2002, também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, extrapola os limites impostos pelo seu fim econômico ou social. Nessa linha, impõe-se à empregadora a responsabilidade pela reparação dos danos morais causados à reclamante (art. 927 do CC-2002)”. TRT da 3.ª Região; Processo: 00105-2004-016-03-00-0 RO; Data de Publicação: 10/09/2004, DJMG, Página 5; Órgão Julgador: Primeira Turma; Relator: Maria Laura Franco Lima de Faria; Revisor: Manuel Candido Rodrigues. Grifou-se.

30 “Art. 482 - Constituem justa causa para rescisão do contrato de trabalho pelo empregador: [...] e) desidia no desempenho das respectivas funções”

Em contrapartida, o Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região já se mostrou favorável à escuta realizada pelo empregador das conversas telefônicas de seus funcionários, desde que os telefones sejam instrumentos de trabalho e que o obreiro esteja ciente da fiscalização. Confira-se:

“DANO MORAL. OPERADOR TELEFÔNICO. ACOMPANHAMENTO PELO EMPREGADOR. PRIVACIDADE NÃO VIOLADA. Se os terminais telefônicos eram utilizados como equipamentos de trabalho pela empregada e se o acompanhamento das rotinas fixadas para a execução do contrato era feito mediante escutas concomitantes pelo empregador, das quais cientificado o operário, não há como sugerir a ofensa aos incisos X e XIII do art. 5º da CF. Definitivamente, não há sigilo de comunicação telefônica violado quando os aparelhos de comunicação constituem ferramentas de trabalho, pois, do contrário, chegar-se-ia ao absurdo de inexistir qualquer possibilidade de controle e acompanhamento das atividades sensível para os melhores resultados da atividade comercial explorada. “(Juiz Douglas Alencar Rodrigues). 2. DANO MORAL INEXISTENTE. NÃO CARACTERIZADO O ÂNIMO DE OFENDER OU A CULPA DO RECLAMADO. O dano moral é o prejuízo decorrente de ofensa à bem jurídico do indivíduo, material ou não, que alcance o espírito, os valores pessoais e incorpóreos, que não têm expressão econômica. Sentir-se ofendido qualquer um pode, mas isso nem sempre implica configuração de dano moral, sob pena de banalização do instituto, levando-o ao descrédito. A autora, contratada pela reclamada para exercer função de telefonista, ao realizar ligações telefônicas particulares durante o horário de serviço e, ainda, ciente de que as aludidas conversas eram monitoradas pela empresa, por meio de sistema de viva-voz, assumiu os riscos e as consequências de ver divulgada questão particular. Ademais, não comprovado que a empregada tenha sofrido qualquer constrangimento, por parte de seus colegas de trabalho e também pela empresa, quando da publicização do seu infortúnio. Assim, não configurado o ânimo de ofender, tampouco a culpa do empregador, não se caracterizou o dano moral”. TRT da 10ª Região; RO 00439-2003-011-10-00-2; Primeira Turma; Relª Juíza Maria Regina Machado Guimarães; Julg. 28/01/2004; DJU 28/01/2004. Grifou-se.

3.3 Direito à saúde do trabalhador e ao meio ambiente de trabalho hígido

A proteção ao meio ambiente - incluída neste o meio ambiente do trabalho - é direito fundamental previsto no art. 7º, XXII³¹, no art. 225, *caput*³², e no art. 200, VIII³³, todos da Constituição Federal. Somam-se a estes o art. 170³⁴ e 193³⁵, ambos da Carta Maior, os quais, ao estabelecer os valores sociais do trabalho como pilares da Ordem Econômica e da Ordem Social, ordenam a plena proteção da saúde e da integridade física do trabalhador no ambiente onde exerce são exercidas as atividades laborais (GAMBA, 2007).

31 “Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: [...] XXII - redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança”.

32 “Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”.

33 “Art. 200. Ao sistema único de saúde compete, além de outras atribuições, nos termos da lei: [...] VIII - colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho”.

34 “Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social [...]”.

35 “Art. 193. A ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais”.

A construção da proteção à vida e à integridade física do obreiro se deu de forma paulatina, acompanhando o desenvolvimento histórico dos modos de produção capitalistas, principalmente após a Revolução Industrial, com o surgimento de novas formas de produção e a crescente industrialização a partir das fábricas. No século XIX, foram criadas as primeiras leis disciplinadoras de acidentes de trabalho, primeiramente na Alemanha em 1884, depois em vários países europeus, chegando ao Brasil em 1919 com o Decreto Legislativo nº 3.721/19 (GAMBA 2007).

Em 1891 temos a Encíclica do Papa Leão XII “*De Rerum Novarum*”, que, em seu capítulo 22, reconheceu a necessidade de aplicação da força e da autoridade das leis contra empregadores que lesem a condição de pessoa humana de seus funcionários ou prejudiquem a saúde destes com atividades desproporcionais à idade e ao sexo. Já no capítulo 27, a Encíclica afirma não ser justo nem humano exigir dos obreiros uma quantidade tão exorbitante de trabalho que embruteça o espírito e enfraqueça o corpo, reconhecendo a necessidade de firmar-se limites à atividade de trabalho do ser humano (OLIVEIRA, 1998).

Na sequência, como fruto das manifestações operárias durante a Primeira Guerra Mundial, surgiu a Organização Internacional do Trabalho (OIT), cujo objetivo seria tratar uniformemente as questões trabalhista visando sempre à justiça social. Em 1945, a OIT vinculou-se a Organização das Nações Unidas (ONU) para regulamentar as normas do trabalho no plano internacional, de modo a defender a relação laboral. Nas palavras de Mônica Maria Lauzid de Moraes (*apud* GAMBA, 2007, p. 25):

[...] a OIT é importante instrumento de atuação para a aplicação e promoção dos princípios constitucionais da valorização do trabalho humano e da dignidade da pessoa do trabalhador, com objetivo maior fundamentado na justiça social, pela qual, somente se alcançará, com o respeito às normas de saúde e segurança no meio ambiente do trabalho. [...] Assim, consoante a competência ilimitada da OIT no campo de ação quanto à condições de trabalho, bem como pertencendo o direito à vida ao domínio dos direitos básicos ou fundamentais, entendemos que o direito à saúde é um direito individual no sentido de que requer a proteção da integridade física e mental do indivíduo e de sua dignidade; e é também um direito social no sentido de que impõe ao Estado e à sociedade a responsabilidade coletiva pela proteção da saúde dos cidadãos e pela prevenção e tratamento das doenças.

Diante disso, é evidente a importância da atuação da OIT na promoção da saúde e na prevenção de doenças do trabalhador, principalmente por meio de suas convenções, normas jurídicas emanadas da Conferência da OIT, as quais estabelecem parâmetros a serem seguidos no âmbito internacional (GAMBA, 2007).

Como principais convenções da OIT que versam sobre a saúde e o meio ambiente de trabalho temos: a Convenção nº 148, que dispõe sobre a proteção dos trabalhadores contra os “Riscos Profissionais Devidos à Contaminação do Ar, ao Ruído e às Vibrações no Local de

Trabalho”, ratificada pelo Brasil em 1986; a Convenção nº 155, que versa sobre “Segurança e Saúde dos Trabalhadores e o Meio Ambiente de Trabalho”, ratificada em 1994; e a Convenção nº 161, relativa aos “Serviços de Saúde do Trabalho”, ratificada em 1991.

Em nosso ordenamento jurídico temos a Lei de Política Nacional do Meio Ambiente (Lei nº 6.938/81), que, em seu art. 3º, I, define meio ambiente como “o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas”. Já a doutrina divide didaticamente o meio ambiente em quatro tipos: o natural, aquele constituído por solo, água, ar, flora e fauna; o artificial, que consiste no espaço urbano habitável e nos espaços rurais artificiais; o cultural, também artificial, porém dotado de valor especial (histórico, artístico, paisagístico, entre outros); e o do trabalho.

Em relação a esse último, Oliveira (1998) entende compreender não apenas o ambiente físico de trabalho, mas também a rede de relações humanas da empresa, a forma de organização laboral, a duração e ritmo do trabalho, os turnos, os critérios remuneratórios, só para citar alguns aspectos. Celso Antônio Pacheco Fiorillo (*apud* GAMBA, op. cit., p. 26), por sua vez, define o ambiente de trabalho como:

o local onde as pessoas desempenham suas atividades laborais, sejam remuneradas ou não, cujo equilíbrio está baseado na salubridade do meio e na ausência de agentes que comprometam a incolumidade físico-psíquica dos trabalhadores, independente da condição que ostentem (homens ou mulheres, maiores ou menores de idade, celetistas, servidores públicos, autônomos, etc.).

O direito à saúde, decorrente do direito à vida e garantia de todas as pessoas - inclusive as trabalhadoras - está expressamente previsto no art. 6º³⁶ e no art. 196³⁷ da Constituição Federal. Com isso, é dever do Estado proteger e garantir a saúde e a integridade física das pessoas, inclusive no que tange às condições e aos procedimentos adotados no meio ambiente de trabalho, já que um meio ambiente equilibrado e salutar é garantia da dignidade humana do trabalhador e está garantido constitucionalmente nos artigos 7º, XXII, 225, *caput*, e 220, VIII (GAMBA, 2007). Ademais, as normas relativas à saúde são de ordem pública, afinal, regulam um serviço público essencial (OLIVEIRA, 1998). Nesse sentido o art. 197 da Constituição Federal: “São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle[...]”.

36 “Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”.

37 “Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”.

Barbosa Junior (2008) caracteriza o estado humano de saúde como consequência de um agir construtivo, no qual o senso crítico de justiça própria autoriza uma auto-imagem de natureza positiva, permitindo que o indivíduo sinta felicidade e bem-estar. O estado de não saúde, por sua vez, relaciona-se com comportamentos contrários à natureza humana, destrutivos, contrários ao instinto de sobrevivência. Nesse caso, o estado de espírito fica carente de dignidade, de modo que o respeito à dignidade pode ser considerado imprescindível à conservação da saúde do sujeito.

Segundo Oliveira (1998), adotou-se primeiramente um conceito negativo de saúde, concebida como a ausência de doenças. Entretanto, em 1946, o documento que constituiu a Organização Mundial da Saúde (OMS) mudou o conceito de saúde para uma concepção positiva, em que a saúde seria um estado de completo bem-estar físico, mental e social. Portanto, o conceito positivo de saúde inclui as interferências do ambiente social (inclusive o do trabalho) na saúde do indivíduo (OLIVEIRA, 1998). Nesse sentido, o art. 3º da Lei nº 8.080/90, cuja redação foi alterada pela Lei nº 12.864/13:

Art. 3º Os níveis de saúde expressam a organização social e econômica do País, tendo a saúde como determinantes e condicionantes, entre outros, a alimentação, a moradia, o saneamento básico, **o meio ambiente**, o trabalho, a renda, a educação, a atividade física, o transporte, o lazer e o acesso aos bens e serviços essenciais. (Grifo nosso)

Uma vez que o meio ambiente abrange o meio ambiente do trabalho, qualidade de vida e qualidade de trabalho são indissociáveis, assim como meio ambiente sustentável e meio ambiente do trabalho salutar (OLIVEIRA, 2008). É possível concluir, por conseguinte, que a proteção ao meio ambiente de trabalho e à saúde do trabalhador enquanto pessoa humana estão diretamente ligados, de forma que, independentemente da relação de emprego, ambos são direitos de todos, a ser concretizado mediante normas de segurança e de medicina do trabalho que reduzam os riscos ambientais existentes (GAMBA, 2007).

Em relação a tais normas, o Brasil é um dos países mais avançados do mundo (GAMBA, 2007), contando com diversos diplomas infraconstitucionais, como: a Lei de Política Nacional do Meio Ambiente; dispositivos da CLT; a Portaria nº 3.214/78, que dispõe sobre normas regulamentadoras relativas à saúde e à segurança no trabalho; as Sentenças Normativas; o Código Penal. Assim, o empregador deve implementar no meio ambiente de trabalho as normas de segurança e saúde, sob pena de lesar direitos protegidos constitucional, internacional e infraconstitucionalmente³⁸.

³⁸ Art. 157 da CLT: “Art. 157 - Cabe às empresas: I - cumprir e fazer cumprir as normas de segurança e medicina do trabalho”.

Nesse ponto, percebe-se que há uma contradição entre o avanço da legislação protetiva e a efetiva qualidade do meio ambiente de trabalho, os quais, quando inadequados, comprometem a saúde dos trabalhadores. Segundo dados obtidos no site do Ministério da Previdência Social³⁹, só no primeiro semestre de 2016, foram registrados 121.113 casos de concessão de auxílio doença acidentário, benefício pago pela Previdência mensalmente ao indivíduo que esteja incapacitado para o trabalho por mais de 15 dias por motivo de doença ou acidente relacionado ao trabalho.

Oliveira (1998) oferece alguns fatores que explicam a precariedade das condições de saúde do trabalhador no Brasil, não obstante as normas de saúde e segurança no trabalho. Primeiramente, há a ausência de efetividade das normas protetoras - os dispositivos legais não são colocados em prática. Para tanto, são necessários instrumentos jurídicos ágeis e simples que ofereçam soluções céleres aos trabalhadores e aos sindicatos que lutem pelo cumprimento da legislação protetiva.

Outro problema exposto pelo autor é a dispersão das responsabilidades do Estado. Há diversos órgãos que lidam com os problemas relacionados à saúde do trabalhador, entre os quais: o Ministério do Trabalho, com sua função fiscalizatória; o Ministério da Saúde, que coordena o Sistema Único de Saúde; o Ministério da Previdência Social, que lida com a reabilitação profissional e com a concessão de aposentadorias especiais; o Ministério Público do Trabalho, que tem a missão de assegurar os direitos sociais. Infelizmente, não há comunicação entre os órgãos que possibilite uma resposta em conjunto e o problema da saúde do trabalhador acaba sendo diluído entre as atribuições dos diversos órgãos (OLIVEIRA, 1998).

Oliveira (1998) cita, ainda, a instabilidade no emprego, vez que a luta pela permanência no posto de trabalho e pela sobrevivência inibe a luta pela melhoria do meio ambiente de trabalho e pela efetividade das normas de saúde e segurança. Há, também, formação técnica deficiente, visto que não há qualificação de profissionais com conhecimentos multidisciplinares que permitam a melhor compreensão da problemática. Como consequência, os trabalhadores e empregadores não têm a devida conscientização sobre o assunto, reduzindo a reivindicação por melhores condições ambientais.

A tendência de flexibilização dos direitos trabalhistas também contribui para a má qualidade do meio ambiente de trabalho. Com uma conjuntura caracterizada pelo excesso de oferta de mão de obra como consequência da globalização e dos avanços tecnológicos,

³⁹Disponível em: <http://www.previdencia.gov.br/wp-content/uploads/2016/08/cid10_2016.01-05_acid.pdf>. Acesso em 09 de outubro de 2016.

somada ao interesse dos empresários em aumentar os lucros diminuindo salários e os custos com medidas de proteção ao obreiro, alega-se que a legislação trabalhista é ultrapassada, excessivamente rígida, burocrática. Assim, adota-se a flexibilização para reduzir direitos trabalhistas e, conseqüentemente, os custos com pessoal. Entretanto, é necessário compreender que o direito à saúde do trabalhador é garantia fundamental indisponível constitucionalmente assegurada e desdobramento da dignidade humana, de modo que não pode ser alvo de negociação (OLIVEIRA, 1998).

Quanto ao impacto do meio ambiente do trabalho sobre a qualidade de vida do trabalhador, Sebastião Geraldo de Oliveira (1998, p. 79) afirma:

Essa preocupação de melhorar a ecologia do ambiente laboral é de suma importância, porque o homem passa a maior parte da sua vida útil no trabalho, exatamente no período da plenitude de suas forças físicas e mentais, daí por que o trabalho, normalmente, determina o estilo de vida, interfere na aparência e apresentação pessoal e até determina, muitas vezes, a forma da morte.

As preocupações com a integridade do trabalhador, inicialmente, se deram exclusivamente em relação à segurança do obreiro, buscando afastar os acidentes do trabalho. Em seguida, a preocupação principal foi com a medicina do trabalho, visando-se à cura das doenças. Após, o foco se deu na higiene industrial, como forma de prevenção das doenças e garantia da saúde ocupacional. Posteriormente, entrou na discussão a saúde do trabalhador definida como bem-estar físico, mental e social. Por fim, atualmente, a intenção é avançar além da saúde do obreiro, integrando este com a figura do ser humano dignificado, possuidor de vida dentro e fora do ambiente de trabalho; busca-se, assim, qualidade de vida (OLIVEIRA, 2008).

Dessa forma, sob a ótica da valorização do trabalho e da dignificação do trabalhador, compreende-se que o obreiro não é apenas uma máquina, mas um indivíduo “dotado de inteligência, aptidões, sentimentos e aspirações” (OLIVEIRA, 1998, p. 82). São também necessidades fundamentais do trabalhador a progressão no trabalho e a aprendizagem diária, além da manutenção de contatos humanos. Nesse cenário, coloca-se em primeiro plano o ser humano, ajustando-se as demais variáveis do ambiente de trabalho (máquinas, ferramentas, rotina) em conformidade com suas necessidades (OLIVEIRA, 1998).

Caso contrário, ao se colocar em primeiro lugar os anseios capitalistas, permitindo-se que o trabalhador, diante da necessidade de sobrevivência, labore em condições degradantes ou em jornadas excessivas, compromete-se a saúde do obreiro. Assim, diante do meio ambiente de trabalho precário, aumenta-se a incidência dos acidentes de trabalho típicos e atípicos.

O acidente de trabalho típico é definido por Souza (2013, p. 95), como:

aquele que ocorre pelo exercício do trabalho a serviço da empresa ou pelo exercício do trabalho dos segurados especiais, provocando lesão corporal ou perturbação funcional que cause a morte, ou a perda ou redução, permanente ou temporária, da capacidade para o trabalho.

Os acidentes de trabalho atípicos, também chamados de doenças ocupacionais, por sua vez, se dividem em doenças profissionais e do trabalho. Aquelas são causadas pelas condições de trabalho comuns à determinada categoria profissional. É o caso de mineiros que, expostos ao pó de sílica, adquirem pneumoconiose. Já as doenças do trabalho são patologias decorrentes das condições específicas do exercício do trabalho, não se vinculando a determinada categoria profissional. Surgem, portanto, como consequência de más condições ambientais de trabalho (SOUZA, 2013).

Ocorrendo o acidente de trabalho, enseja-se a responsabilização do empregador. Nos acidentes de trabalho atípicos e nos acidentes de trabalho típicos decorrentes de atividades de risco, a responsabilidade do empregador é objetiva, não havendo, portanto, necessidade de demonstração de dolo ou culpa. Já nos acidentes de trabalho típicos como consequência de atividades comuns, a responsabilidade do empresário é subjetiva. Entretanto, há inversão do ônus da prova, devendo o empregador comprovar que não houve descumprimento das normas-padrão de segurança e higiene do trabalho (MELO, 2006).

4 A VIRTUALIZAÇÃO DO MEIO AMBIENTE DE TRABALHO E A PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

4.1 Fiscalização eletrônica do ambiente de trabalho e controle da vida privada do empregado

A invasão da privacidade e da intimidade dos trabalhadores não é um problema restrito à realidade atual. Já na primeira metade do século XX, por exemplo, a Ford Motor Company contava com um “departamento sociológico” responsável por investigar os funcionários da empresa para verificar se os mesmos tinham comportamento inadequado sob a ótica do estabelecimento. Entretanto, o desenvolvimento tecnológico permitiu a criação de maneiras mais sofisticadas e sutis de monitoramento, permitindo que os empregadores exerçam maior controle sobre seus funcionários, a fim de impedir comportamentos que diminuam a produtividade (GOULART, 2014). Tais mecanismos incluem a fiscalização do espaço físico por câmeras e das atividades do trabalhador por meios eletrônicos.

Segundo Mallet (2009), há proibição expressa de fiscalização do trabalho por câmeras ou por meios eletrônicos em diversos ordenamentos jurídicos no mundo, como o

italiano, que veda o uso de equipamentos de controle a distância das atividades do trabalhador, e o português, que proíbe o uso de equipamentos tecnológicos como meios de vigilância a distância do local de trabalho. No lado oposto da discussão, temos o direito espanhol, o qual permite que o empresário tome as medidas que julgar necessária para o monitoramento e controle necessários para a fiscalização das atividades dos obreiros, *desde que leve em conta a dignidade humana dos trabalhadores*.

A legislação infraconstitucional brasileira, por outro lado, não permite nem proíbe a fiscalização do trabalho por câmeras ou por meios eletrônicos, razão pela qual Mallet (2009) considera a prática lícita. Mesmo admitindo a licitude da prática, o autor esclarece que a legitimidade da fiscalização depende do respeito a certos limites: i) a fiscalização necessita de motivo relevante, como a proteção da segurança dos funcionários e do patrimônio da empresa, sob pena de ser abusivo; ii) a fiscalização precisa ser transparente, de modo que o obreiro seja informado anteriormente sobre a existência do mecanismo de controle, vez que a vigilância oculta ou dissimulada é contrária à dignidade humana; iii) não é possível a fiscalização em locais com natureza essencialmente privada, como banheiros, vestiários e locais de descanso, em respeito à intimidade dos trabalhadores.

O acesso ao correio eletrônico dos trabalhadores e a verificação dos sítios eletrônicos navegados por eles são outra hipótese onde o direito de intimidade dos funcionários é preterido em relação ao direito de propriedade do empresário, ao argumento de que durante a jornada de trabalho - metade do tempo diário do obreiro ao excluí-se as horas de sono - os empregados devem dirigir exclusivamente sua atenção às atividades profissionais (BARBOSA JUNIOR, 2008).

Ocorre que, assim como não se pode impedir o empregado de satisfazer suas necessidades fisiológicas e de alimentação, não há como barrar por completo a comunicação de natureza pessoal, a qual é essencial à vida do ser humano e, conseqüente, imprescindível para a preservação da dignidade humana - a comunicação eletrônica pode ser encarada como um modo possível de exercício da personalidade humana (BARBOSA JUNIOR, 2008).

Ademais, o direito à intimidade do empregado não fica do lado de fora do meio ambiente de trabalho; ao contrário, compreende o espaço interno da empresa e todos os aspectos da relação de trabalho, o que inclui a utilização da internet. Dessa forma, a intromissão na vida privada do obreiro não pode ser legitimada por mero interesse privada ou econômico, sendo imprescindível interesse público e fundamentos jurídicos relevantes para tanto (BARBOSA JUNIOR, 2008).

Não há dúvida de que a internet é uma ferramenta de trabalho que foi rapidamente incorporada às empresas, visto que, como nova forma de comunicação, contribui para a eficiência do empreendimento ao permitir maiores e mais rápidas trocas de informação, encurtando as distâncias e alargando o tempo (BARBOSA JUNIOR, 2008). Por outro lado, a má utilização da rede mundial de computadores⁴⁰ gera queda na qualidade do meio ambiente de trabalho e na produtividade, razão pela qual verifica-se a dispensa de empregados por motivo de utilização indevida de ferramentas da informática. Pesquisa realizada pela *Revista InfoExame* em parceria com PricewaterhouseCoopers com as 836 maiores empresas do Brasil revelou que 25,5% dos estabelecimentos já dispensaram empregados por uso inadequado da internet ou do correio eletrônico (PAIVA *apud* BARBOSA JUNIOR, 2008).

Com isso em vista, os empregadores têm aumentado sua ação fiscalizatória no que tange ao monitoramento do acesso à rede por parte dos funcionários, principalmente por meio do controle dos hábitos de navegação e da leitura do destino e conteúdo dos e-mails. Nesse ponto, importante destacar que essa prática configura uma invasão da esfera privada do trabalhador, de modo que fere sua própria identidade (BARBOSA JUNIOR, 2008). Por essa razão, o monitoramento do acesso à internet pode configurar assédio moral, entendido como

exposição dos trabalhadores e trabalhadoras a situações humilhantes e constrangedoras, repetitivas e prolongadas durante a jornada de trabalho e no exercício de suas funções, sendo mais comuns em relações hierárquicas autoritárias e assimétricas, em que predominam condutas negativas, sem ética, relações desumanas de longa duração de um ou mais chefes dirigidas a um ou mais subordinados, desestabilizando a relação da vítima com o ambiente de trabalho, forçando-o a desistir do emprego (MISTRONGUE e KERSTEN *apud* BARBOSA JUNIOR, 2008, p. 96).

Existem diversos meios à disposição do empregador para o controle da internet no ambiente laboral. Por exemplo, há programas espiões capazes de acompanhar o uso que o empregado faz do computador, por meio da verificação dos sítios eletrônicos navegados e do conteúdo das mensagens enviadas e recebidas, a fim de obstar o uso indevido da ferramenta de trabalho (BARBOSA JUNIOR, 2008).

Pesquisa realizada pelo instituto de pesquisa norte americano Worldtalk Corp mostrou que 51,4% das empresas pesquisadas monitora a navegação de seus funcionários e 30,9% o correio eletrônico deles. Ademais, 31% das mensagens teria conteúdo inadequado, entre eles, piadas, correntes e pornografia. (PAIVA *apud* BARBOSA JUNIOR, 2008). Mesmo se tratando de mal uso dos instrumentos tecnológicos, a conduta dessas empresas representa

⁴⁰ “São casos de acesso a sites pornográficos, envio de mensagens ofensivas, humorísticas ou pornográficas que podem acarretar um desconforto no ambiente de trabalho e produzir queda de produtividade, pois, com tais práticas, há relativa desconcentração e desvirtuamento das atividades laborativas sem uma justificativa razoável” (BARBOSA JUNIOR, 2008, p. 95-96).

invasão à intimidade do empregado. Seria mais adequado ao Estado Democrático de Direito, ao invés do desenvolvimento de métodos cada vez mais avançados e sutis de fiscalização e controle, o aperfeiçoamento de políticas de conscientização no ambiente de trabalho, visando a motivar o obreiro a zelar por seu ambiente virtual de trabalho.

Outro aspecto negativo para a empresa referente ao uso excessivo das ferramentas de informática para fins pessoais do empregado é o congestionamento do tráfego virtual, o que acaba por prejudicar a produtividade do empreendimento. Barbosa Junior (2008) defende a fiscalização razoável das atividades dos funcionários durante a jornada de trabalho, de forma a coibir os excessos sem invadir a intimidade dos obreiros.

Há quem defenda, por outro lado, com base no poder diretivo do empregador, a possibilidade de vedação total do uso da rede de computadores para atividades não condizentes com os fins empresariais. A essa tese, Barbosa Junior (2008) responde que a empresa, sendo um ente social, tem o dever de promoção de outros interesses alheios à sua produtividade. Ademais, como já exposto, a comunicação pessoal é necessidade básica do ser humano e não pode ser afastada pelo empregador.

Entre os argumentos usados para justificar o monitoramento dos e-mails dos obreiros incluem-se: i) o acesso à internet é fornecido pela empresa, sendo os custos suportados pelo estabelecimento, razão pela qual os dados colhidos são de propriedade empresarial; ii) o e-mail não guarda privacidade, visto que o administrador do provedor de internet pode facilmente lê-lo; iii) a empresa é responsável pelos atos de seus funcionários (art. 932, III, do Código Civil⁴¹); e iv) o poder empregatício permite a apreensão das mensagens (BARBOSA JUNIOR, 2008).

Entendemos que o primeiro argumento cai por terra ao se considerar o sigilo das comunicações constitucionalmente previstos. Para derrubar o segundo argumento, basta fazer uma analogia com as comunicações por cartas - o carteiro pode facilmente ler o conteúdo da comunicação, mas, evidentemente, isso não é capaz de dismantelar seu caráter privativo. O que configura o caráter sigiloso de determinado documento ou dados não é a dificuldade ou impossibilidade fática de um terceiro acessá-los, e sim a restrição jurídica que se fez.

Quanto ao terceiro argumento, a necessidade da empresa de resguardar-se de eventuais ações judiciais não permite que a mesma passe por cima dos direitos fundamentais de seus funcionários. Em caso de suspeita de abuso, o empregador pode exercer outros métodos de fiscalização e controle e, em último caso, há o direito de regresso. Por fim, como

41 “Art. 932. São também responsáveis pela reparação civil: [...] III - o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele”

já visto, o poder empregatício não é ilimitado, de modo que não pode se sobrepor a direitos constitucionalmente garantidos.

Ademais, avanço recente no ordenamento jurídico brasileiro, consistente na Lei nº 12.965 de 23 de abril de 2014, o Marco Civil da Internet, reiterou o sigilo dos dados previstos constitucionalmente. Foge ao escopo do presente trabalho uma análise profunda do diploma, mas vale destacar aqui alguns dispositivos presentes na Lei. Primeiramente, o Marco Civil, no art. 2º, II e VI⁴², elenca como fundamentos do uso da internet os direitos humanos, o desenvolvimento da personalidade e o exercício da cidadania em meios sociais, além da finalidade social da rede. Além disso, o art. 3º, II e III⁴³, enuncia como princípios do uso da rede mundial de computadores a proteção da privacidade e a proteção dos dados pessoais. Finalmente, o art. 7º, I, II e III, assegura como direitos do usuário da internet a inviolabilidade da intimidade e da vida privada, a garantia do sigilo do fluxo de comunicações e das comunicações privadas armazenadas⁴⁴.

Os dispositivos mencionados não inovaram a disciplina do sigilo dos dados e correspondências, já assegurado pela constituição. Não obstante, a reiteração de normas que determinam a inviolabilidade da intimidade do indivíduo, além dos princípios e fundamentos elencados pelo Marco Civil no que tange ao uso da internet evidenciam a preocupação do ordenamento jurídico brasileiro em assegurar a privacidade e intimidade das pessoas, mesmo virtualmente, como forma de garantia da dignidade humana. Assim, não parece razoável pensar que tais direitos não se aplicam à relação de trabalho; até porque o empregado não pode abrir mão de seus direitos fundamentais.

Entretanto, em se tratando de e-mail fornecido pela empresa, a doutrina tem sido favorável em afirmar a possibilidade do monitoramento quando houver proibição expressa no regulamento empresarial de utilização do correio eletrônico para fins pessoais (SILVA, 2004). Em relação às possibilidades e aos limites da regulação empresarial, Goulart (2014) entende ser importante destacar que a política de uso dos meios tecnológicos deve ser clara, em

42 “Art. 2º A disciplina do uso da internet no Brasil tem como fundamento o respeito à liberdade de expressão, bem como: [...] II - os direitos humanos, o desenvolvimento da personalidade e o exercício da cidadania em meios digitais; [...] VI - a finalidade social da rede”.

43 “Art. 3º A disciplina do uso da internet no Brasil tem os seguintes princípios: [...] II - proteção da privacidade; III - proteção dos dados pessoais, na forma da lei”.

44 “Art. 7º O acesso à internet é essencial ao exercício da cidadania, e ao usuário são assegurados os seguintes direitos: I - inviolabilidade da intimidade e da vida privada, sua proteção e indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação; II - inviolabilidade e sigilo do fluxo de suas comunicações pela internet, salvo por ordem judicial, na forma da lei; III - inviolabilidade e sigilo de suas comunicações privadas armazenadas, salvo por ordem judicial”.

conformidade com o ordenamento jurídico e não pode transferir os riscos do empreendimento para o empregado.

O autor defende a proibição do uso de software de monitoramento de atividades em dispositivos pessoais do obreiro. Primeiramente porque, embora nesse caso haja a permissão do empregado, tal consentimento é prejudicado, visto que o trabalhador provavelmente não é adequadamente informado sobre os riscos à sua privacidade. Em segundo lugar, a extensão do monitoramento desses programas é de difícil controle - há dúvida ou incerteza do alcance do sistema de monitoramento. Goulart (2014) conclui: uma vez que é muito mais difícil recuperar a privacidade perdida que impedir a primeira violação, é possível aplicar o princípio da precaução para proibir o monitoramento.

Ademais, quanto à questão da legitimidade do consentimento do empregado que aceita ser fiscalizado eletronicamente, é entendimento pacífico que a autonomia da vontade é mitigada no direito individual do trabalho. Segundo o princípio da imperatividade das normas trabalhistas, é vedado o afastamento, mediante acordo entre as partes, dos direitos trabalhistas do obreiro (DELGADO, 2016). Se a autonomia da vontade não pode implicar a renúncia de direitos trabalhistas do trabalhador, não é juridicamente possível admitir que o empregado abra mão de direitos fundamentais como a privacidade e a intimidade.

Goulart (2014) acrescenta que a doutrina estrangeira estabelece um procedimento denominado Privacy Impact Assessment (Verificação de Impacto à Privacidade, tradução nossa) ou PIA, semelhante ao estudo de impacto ambiental, mas aplicável na área da tecnologia. Dessa forma, entende-se pela necessidade de realização do PIA antes de qualquer atividade que possibilite a violação da privacidade.

No julgamento do AIRR-1542/2005-055-02-40.4, a sétima turma do TST entendeu que a empresa poderia acessar o conteúdo do e-mail corporativo fornecida pela mesma aos seus empregados, sem violar o art. 5º, X e XII, da Constituição Federal, que garante a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra, da imagem das pessoas, além do sigilo de suas correspondências, dados e comunicações telegráficas e telefônicas. Confirma-se a ementa do referido julgado:

“Ementa:PRELIMINAR DE NULIDADE DO JULGADO POR CERCEAMENTO DE DEFESA - PROVA ILÍCITA - ACESSO PELO EMPREGADOR À CAIXA DE "E-MAIL" CORPORATIVO FORNECIDA AO EMPREGADO - ÓBICE DA SÚMULA 126 DO TST.

1. Consoante a diretriz da Súmula 126 do TST, é incabível o recurso de revista para reexame de fatos e provas.

2. "In casu", pretende o Reclamante modificar a decisão vergastada, ao argumento de que a prova acostada aos autos é ilícita, porquanto consubstanciada no acesso à sua conta de "e-mail" pessoal, quando o Regional,

ao enfrentar a questão, entendeu que a prova era lícita, porque se tratava de acesso, pela Reclamada, ao conteúdo do "e-mail" corporativo fornecido ao Reclamante para o exercício de suas atividades funcionais, do qual se utilizava de forma imprópria, recebendo fotos com conteúdo que estimulava e reforçava comportamentos preconceituosos. Além disso, os "e-mails" continham conversas fúteis que se traduziam em desperdício de tempo.

3. Com efeito, as alegações obreiras esbarram no óbice do referido verbete sumulado, porquanto pretendem o revolvimento do conjunto fático-probatório dos autos.

4. Por outro lado, ainda que o presente recurso não ultrapasse a barreira do conhecimento, a controvérsia em torno da licitude ou não da prova acostada pela Reclamada, consubstanciada no acesso à caixa de "e-mail" corporativo utilizado pelo Reclamante, é matéria que merece algumas considerações.

5. O art. 5º, X e XII, da CF garante ao cidadão a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra, da imagem das pessoas, bem como o sigilo de suas correspondências, dados e comunicações telegráficas e telefônicas.

6. A concessão, por parte do empregador, de caixa de "e-mail" a seus empregados em suas dependências tem por finalidade potencializar a agilização e eficiência de suas funções para o alcance do objeto social da empresa, o qual justifica a sua própria existência e deve estar no centro do interesse de todos aqueles que dela fazem parte, inclusive por meio do contrato de trabalho.

7. Dessa forma, como instrumento de alcance desses objetivos, a caixa do "e-mail" corporativo não se equipara às hipóteses previstas nos incisos X e XII do art. 5º da CF, tratando-se, pois, de ferramenta de trabalho que deve ser utilizada com a mesma diligência emprestada a qualquer outra de natureza diversa. Deve o empregado zelar pela sua manutenção, utilizando-a de forma segura e adequada e respeitando os fins para que se destinam. Mesmo porque, como assinante do provedor de acesso à "Internet", a empresa é responsável pela sua utilização com observância da lei.

8. Assim, se o empregado eventualmente se utiliza da caixa de "e-mail" corporativo para assuntos particulares, deve fazê-lo consciente de que o seu acesso pelo empregador não representa violação de suas correspondências pessoais, tampouco violação de sua privacidade ou intimidade, porque se trata de equipamento e tecnologia fornecidos pelo empregador para utilização no trabalho e para alcance das finalidades da empresa.

9. Nessa esteira, entendo que não se configura o cerceamento de defesa a utilização de prova consubstanciada no acesso à caixa de "e-mail" fornecido pelo empregador aos seus empregados. Agravo de instrumento desprovido." AIRR - 154240-24.2005.5.02.0055, j. 04/06/2008, Rel. Min. Ives Gandra Martins Filho, 7ª Turma, DJ 06/06/2008. Grifou-se.

Segundo a decisão proferida no acórdão, o e-mail corporativo seria uma ferramenta de trabalho, visando ao alcance do objeto social da empresa, razão pela qual o empregado deveria usá-lo com diligência, zelando por sua manutenção e utilizando-o exclusivamente para seus devidos fins. Dessa forma, o empregador poderia legitimamente acessar o conteúdo da conta de e-mail corporativa de seus obreiros, vez que se trataria de tecnologia fornecida por ele para a realização do trabalho.

Entretanto, tendo em vista que a presença do trabalhador no ambiente de trabalho não o isola de seus direitos e garantias constitucionais, o poder de fiscalização eletrônica do empregador tem como limite o próprio direito à intimidade do empregado. Segundo Adriana Calvo (2016), o empregador tem o direito de fazer uso de medidas de vigilância, desde que cause o mínimo de impacto na dignidade e intimidade do trabalhador, privilegiando medidas

que contribuam para um ambiente de trabalho mais saudável, e evitando o dano psicológico aos obreiros em razão de condutas abusivas. Dessa forma, a autora entende que a empresa deve permitir um uso mínimo, razoável, de uso particular do e-mail corporativo ou, alternativamente, o uso do e-mail particular do empregado de forma moderada.

Para Silva (2005), o empregador, ao monitorar a utilização do computador por parte do obreiro, não lesará o direito à intimidade deste caso constitua um regulamento e dê ciência aos funcionários do seu conteúdo, deixando expresso que as ferramentas de trabalho não podem ser usadas para fins pessoais. Ademais, para a autora, o empregador deve especificar situações em que o computador possa ser utilizado para tais finalidades, como nos intervalos de descanso ou sites de bancos para pagamentos de conta, desde que não ultrapasse dado limite temporal. As condições de permissão do uso do equipamento, quanto ao horário e tempo de utilização, devem ficar claras e especificadas, para impedir que o trabalhador fique à disposição do empregador no tempo reservado para o descanso.

Silva (2005) acrescenta, ainda, que, caso o empregador permita de forma expressa o uso dos equipamentos para fins particulares ou seja omissa, em caso de suspeita de mau uso da ferramenta de trabalho ele deverá requerer auxílio judicial para acessar os dados do funcionário, sob pena de ferir a intimidade deste, podendo acarretar rescisão do contrato de emprego por justa causa do empregador. Entretanto, há, como vimos, decisão do TST que entende ser possível o monitoramento do e-mail corporativo sem a necessidade de notificação do empregado.

Guilherme Goulart (2014), por sua vez, defende que é preciso buscar uma maneira de conciliar a monitoração das comunicações efetuadas pelo empregador com a necessidade de proteção à privacidade do empregado. Como exemplo de maneiras possíveis para proceder dessa forma, elenca a aplicação de filtros e medidas impessoais, além da não divulgação por parte da empresa de relatórios detalhando o uso da internet pelos empregados.

Quanto à possibilidade de monitoramento do e-mail *pessoal* do empregado, a sétima turma do TST já se pronunciou pela impossibilidade jurídica da conduta, no RR 9961/2004-015-09-00. A seguir, transcrição da ementa do acórdão em questão:

“Ementa:A) RECURSO DE REVISTA OBREIRO: I) DANO MORAL - NÃO CARACTERIZAÇÃO - ACESSO DO EMPREGADOR A CORREIO ELETRÔNICO CORPORATIVO - LIMITE DA GARANTIA DO ART. 5º, XII, DA CF.

1. O art. 5º, XII, da CF garante, entre outras, a inviolabilidade do sigilo da correspondência e da comunicação de dados.

2. A natureza da correspondência e da comunicação de dados é elemento que matiza e limita a garantia constitucional, em face da finalidade da norma: preservar

o sigilo da correspondência - manuscrita, impressa ou eletrônica - da pessoa - física ou jurídica - diante de terceiros.

3. Ora, se o meio de comunicação é o institucional - da pessoa jurídica -, não há de se falar em violação do sigilo de correspondência, seja impressa ou eletrônica, pela própria empresa, uma vez que, em princípio, o conteúdo deve ou pode ser conhecido por ela.

4. Assim, se o "e-mail" é fornecido pela empresa, como instrumento de trabalho, não há impedimento a que a empresa a ele tenha acesso, para verificar se está sendo utilizado adequadamente. Em geral, se o uso, ainda que para fins particulares, não extrapola os limites da moral e da razoabilidade, o normal será que não haja investigação sobre o conteúdo de correspondência particular em "e-mail" corporativo. **Se o trabalhador quiser sigilo garantido, nada mais fácil do que criar seu endereço eletrônico pessoal, de forma gratuita, como se dá com o sistema "gmail" do Google, de acesso universal.**

5. Portanto, não há dano moral a ser indenizado, em se tratando de verificação, por parte da empresa, do conteúdo do correio eletrônico do empregado, quando corporativo, havendo suspeita de divulgação de material pornográfico, como no caso dos autos". Processo: ED-RR - 996100-34.2004.5.09.0015 Data de Julgamento: 18/02/2009, Relator Ministro: Ives Gandra Martins Filho, 7ª Turma, Data de Publicação: DEJT 20/02/2009. Grifou-se.

Outra decisão do TST que merece ser analisada foi a referente ao AIRR 7-96.2011.5.10.0003, assim ementada:

"Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. MATÉRIA FÁTICA. SÚMULA Nº 126 DO TST. DIVULGAÇÃO DE E-MAILS PESSOAIS DO AUTOR NO ÂMBITO DA EMPRESA. Conforme registrado pelo acórdão Regional, não se discute a possibilidade de a empresa ter acesso ao conteúdo das mensagens recebidas e enviadas pelo reclamante no endereço eletrônico corporativo, ainda mais em decorrência da investigação a que estava submetido o empregado acusado de atos de improbidade administrativa. Ocorre que é incontroverso nos autos o fato de a empresa ter divulgado e-mails pessoais do autor, contendo conteúdo íntimo e cujo teor era totalmente desvinculado do trabalho e do objeto das investigações que vinha sofrendo. Isso significa que, sem dúvidas, a agravante expôs a imagem do autor (já desgastada na empresa em razão das investigações por cometimento de atos de improbidade administrativa) ao permitir que esses e-mails fossem difundidos no âmbito da empresa. Constata-se, portanto, que a decisão regional está fundamentada na análise das provas trazidas aos autos, insuscetíveis de reapreciação nesta instância extraordinária, conforme teor da Súmula nº 126 do TST, como destacado no despacho denegatório de seguimento do recurso de revista. Agravo de instrumento desprovido". Processo: AIRR - 7-96.2011.5.10.0003 Data de Julgamento: 08/04/2014, Relator Ministro: José Roberto Freire Pimenta, 2ª Turma, Data de Publicação: DEJT 15/04/2014. Grifou-se.

No caso em questão o Tribunal, embora tenha afirmado a possibilidade da empresa acessar o conteúdo de mensagens recebidas e enviadas no correio eletrônico corporativo, entendeu que o empregador não pode divulgar as mensagens pessoais do obreiro, mesmo se tratando de e-mail fornecido pelo estabelecimento empresarial, sob pena de violar a intimidade e a imagem do mesmo.

Embora, como os casos mencionados indicam, a jurisprudência nacional costume admitir o acesso às mensagens do correio eletrônico corporativo do trabalhador, é possível

encontrar conclusões diversas no direito estrangeiro. No precedente *Nikon*, da Corte de Cassação francesa, entendeu-se pela impossibilidade de acesso a mensagem enviada por empregado via correio eletrônico da empresa, mesmo havendo proibição do uso do e-mail para fins particulares. Segundo a decisão do tribunal, o empregado tem direito ao respeito pela sua privacidade e vida privada mesmo no tempo e lugar de trabalho, o que implica na confidencialidade da correspondência - o empregador não pode ferir o direito fundamental do obreiro mesmo que forneça o instrumento de trabalho e proíba o uso particular dele. A Corte de Cassação afirmou, ainda, que, havendo motivo legítimo para o exame das mensagens privadas do trabalhador (suspeita de prática de ato ilícito, de concorrência desleal, de uso irregular), o empregador deve acionar o judiciário, sendo a investigação exercida por oficial de justiça designado pelo magistrado (MALLET, 2009).

4.2 Impactos da virtualização do trabalho na saúde do trabalhador

A virtualização do meio ambiente de trabalho, além de possibilitar novas formas de invasão à vida privada e à intimidade do obreiro, permite uma flexibilização maior do tempo e local de trabalho, trazendo consequências para a saúde do trabalhador. Embora, à primeira vista, a flexibilização do tempo pareça proporcionar uma maior liberdade do trabalhador para organizar seu tempo de trabalho, a realidade revela algumas preocupações no que tange à integridade mental do obreiro.

A flexibilização do tempo de trabalho surgiu em meados do século XX com a entrada em massa das mulheres no mercado de trabalho. Como muitas dessas trabalhadoras, além de trabalharem fora de casa, precisavam cuidar de seus filhos e de sua casa em razão da distribuição desigual das tarefas domésticas como consequência dos papéis de gênero e do patriarcado, fez-se necessária uma maior flexibilidade das horas de trabalho (SENNET, 2009).

Uma das formas de flexibilização do tempo que temos hoje, possível em razão do uso das tecnologias de telecomunicações e de informática, é o trabalho fora do estabelecimento empresarial, sendo ele em casa ou onde quer que o trabalhador possa exercer suas atividades. Se, por um lado, o trabalho a distância traz inegáveis benefícios para o empregado, que não precisa mais se deslocar para o local de trabalho, ele também acaba subjugando o trabalhador a um maior controle por parte do empresário:

[O trabalho em casa] causa grande ansiedade entre os empregadores; eles temem perder o controle sobre os trabalhadores ausentes, e desconfiam de que os que ficam em casa abusam dessa liberdade. Em consequência, criou-se um monte de controles para regular os processos de trabalho concreto dos ausentes do escritório. Exige-se que as pessoas telefonem regularmente para o escritório, ou usam-se controles de intra-rede para monitorar o trabalhador ausente; os e-mails são frequentemente

abertos pelos supervisores. [...] Um trabalhador em flexitempo controla o local do trabalho, mas não adquire maior controle sobre o processo do trabalho em si. A essa altura, vários estudos sugerem que a supervisão do trabalho muitas vezes é na verdade maior para os ausentes do escritório que para os presentes (SENNET, 2009, p. 68).

Como vimos no capítulo referente ao poder empregatício no contrato de trabalho, diante das novas dimensões da subordinação e da nova redação do art. 6º da CLT, não resta dúvida que o comando e controle empresarial podem se dar por meios eletrônicos sem haver descaracterização da relação de emprego.

De fato, para se configurar a figura jurídica da subordinação em uma relação de emprego, faz-se necessária apenas a verificação de sujeição do empregado ao poder diretivo do empregador. Não faz diferença se as ordens são dadas direta e pessoalmente pelo empresário ou transmitidas por telefone ou meio eletrônico. Igualmente, não há razão em distinguir se a fiscalização é feita ao vivo pelo patrão ou por meio de relatórios ou softwares. Da mesma forma, não há discrepância relevante entre uma advertência oral ou por correio eletrônico (MALLET, 2012). Assim, para se configurar a relação de emprego,

O que importa é a subordinação em si. Dizer, portanto, que “os meios telemáticos e informatizados de comando, controle e supervisão se equiparam, para fins de subordinação jurídica, aos meios pessoais e diretos de comando, controle, e supervisão do trabalho alheio”, como fez a Lei nº 12.551 [que alterou o art. 6º da CLT], não acrescenta nada. Apenas explicita algo latente na própria definição de empregador e empregado e na previsão do art. 6º da CLT. Não havia o legislador restringido a subordinação aos “meios pessoais e diretos de comando”. Com o risco de ser repetitivo, insiste-se sempre no ponto: o que importa é o comando, é o controle, é a supervisão. A forma como eles se aperfeiçoam não tem importância (MALLET, 2012, p. 47-48).

Dito isso, faz-se necessário ressaltar que a disposição do empregado ao empregador por meios virtuais de controle a distância não é exclusividade dos trabalhadores que exercem sua atividade laboral fora do âmbito da empresa. Afinal, diante da ubiquidade dos *smartphones* e outros meios de acesso à internet, ocorre que mesmo os obreiros “tradicionais” que trabalham no interior do estabelecimento empresarial podem ser demandados por seus chefes fora do tempo e local de trabalho mediante ligações telefônicas, emails e mensagens via Whatsapp.

Uma vez que é possível manter efetivo contato entre trabalhadores e empresários a qualquer hora do dia e em praticamente todos os locais onde qualquer uma das partes esteja, o que acaba acontecendo é a vinculação permanente do empregado ao trabalho - embora não esteja no tempo e lugar do trabalho, o obreiro permanece constantemente à disposição do empregador, o que traz consequências nocivas a sua saúde.

Primeiramente porque tal situação gera fadiga mental no trabalhador, a qual é de mais longa e difícil recuperação que a física. Somam-se ao desgaste psíquico acarretado pelo trabalho as preocupações características da sociedade em que se insere o obreiro, como problemas de moradia, de segurança, financeiros, afetivos, familiares, contribuindo ainda mais para o desgaste psicossocial do indivíduo. Esse conjunto de fatores acaba sendo propício ao desenvolvimento do estresse, um dos mais graves problemas da atualidade, tanto do ponto de vista econômico - nos Estados Unidos o estresse gera uma despesa superior a 200 bilhões de dólares por ano - quanto do ponto de vista médico (OLIVEIRA, 1998), podendo levar até à morte:

Tal situação já se dá em alguns países desenvolvidos como o Japão, em que os “guerreiros da modernidade”, sem tempo para a família ou os amigos, morrem em combate: de *karoshi* [morte súbita no trabalho], infarto ou estresse, “humildemente” obedecendo às ordens da produção. (BARRETO, 2006, p. 210).

O estresse é visto por Oliveira (1998) como um mecanismo de resposta a situações de perigo, de modo a possibilitar que o ser humano, diante de uma situação de perigo, possa se adaptar. Segundo Bauk (*apud* OLIVEIRA, 1998), diante de uma ameaça o corpo humano pode assumir duas posturas: lutar ou correr. Para tanto, há uma exacerbação do sistema nervoso autônomo, principalmente o simpático; ativa-se o sistema endócrino, aumentando os níveis sanguíneos de hormônio adrenocorticotrófico e tireotrófico, de vasopressina, de adrenalina e de tiroxina, preparando o organismo para o enfrentamento do perigo; o coração acelera, diminuindo a circulação de órgãos de menor importância imediata para privilegiar os músculos; aumentam-se a pressão arterial e a frequência respiratória; as pupilas dilatam-se.

Se essas reações foram importantíssimas para a sobrevivência da humanidade diante de ameaças como ataques de animais selvagens, hoje já não fazem tanto sentido, sendo mais prejudiciais que benéficas (OLIVEIRA, 1998). É que, atualmente, o que desencadeia o estresse não são, geralmente, situações de vida ou morte. Nesse sentido, Oliveira (1998, p. 171) afirma que:

nosso organismo continua bioquimicamente preparado para a luta ou fuga, sempre que ocorre uma reação de alarme. Uma discussão com a chefia, um atrito com um colega, a premência de prazos, a pressão dos clientes, o receio de desemprego, uma expectativa preocupante, mesmo imaginária, e outras tantas hipóteses podem ocorrer várias vezes em um dia de trabalho. [...] A repetição desse processo faz com que a resistência vá diminuindo até chegar à exaustão, com diversos efeitos mórbidos.

São inúmeros os agentes causadores do estresse, os quais dependem de fatores como o ambiente de trabalho, a atividade desempenhada, o grau de flexibilização das relações trabalhistas, a estrutura de organização e o momento histórico do estabelecimento, para citar

alguns exemplos. Além dos fatores ambientais citados, a suscetibilidade de cada trabalhador também interfere no surgimento do estresse. Apesar da multiplicidade do desencadeamento e desenvolvimento do estresse, ele pode ser dividido em duas modalidades (OLIVEIRA, 1998).

A primeira modalidade é o estresse de monotonia, hipótese em que o trabalhador exerce atividades rotineiras, repetitivas, monótonas. Nesse caso, a energia mental do obreiro se acumula e se transfigura em fonte de tensão, originando a fadiga e o estresse. Além dessa modalidade, temos o estresse de sobrecarga, que ocorre quando o grau de exigência sobre o trabalhador é superior às suas potencialidades físicas ou mentais (OLIVEIRA, 1998). Nesse último cenário se encaixa os trabalhadores permanentemente vinculados ao trabalho.

A título exemplificativo, Oliveira (1998) cita alguns agentes que provocam estresse. No que tange à questão da influência dos meios eletrônicos de comunicação e controle na saúde do trabalhador, destacam-se: a sobrecarga quantitativa ou qualitativa de trabalho; a falta de apoio, consideração, informação ou equidade da chefia; a limitação da autonomia; e o receio do desemprego.

Uma vez instalado o quadro de estresse, caso não seja revertido, o indivíduo pode ser levado à exaustão, momento em que surgem estados patológicos (OLIVEIRA, 1998). Quadro elaborado pela OIT (*apud* OLIVEIRA, 1998, p. 175) demonstra cinco etapas do estresse:

N.	Etapas	Manifestação
1	Euforia	O principiante está cheio de euforia e entusiasmo.
2	Escassez de combustível	Aparecem os primeiros sinais de esgotamento.
3	Crônica	Manifestação constante dos sintomas de enfado, esgotamento, enfermidade e depressão.
4	Crítica	Os sintomas são tão graves que o enfermo tem a impressão de que sua vida se despedaça.
5	Queda no abismo	A pessoa já não consegue atuar e apresenta sintomas de grave deterioração.

A permanência dos fatores de estresse na vida do trabalhador proporciona o avanço das etapas acima, de modo que os sintomas vão se desenvolvendo e a doença, se instalando. Como sintomas iniciais do estresse temos o nervosismo, a ansiedade, a fadiga, a raiva, a angústia, a depressão, dores de estômago, nos músculos do pescoço e do ombro, além de sentimentos de frustração, ansiedade, preocupação excessiva, apatia, insônia, dores de cabeça,

taquicardia, isolamento social, problemas de auto-estima, queda de produtividade, entre outros (OLIVEIRA, 1998).

Em seguida, aparecem as patologias. O sistema imunológico do obreiro enfraquece, o que o torna ainda mais vulnerável a doenças. O desequilíbrio mental acaba afetando o organismo físico, desencadeando desordens hormonais e metabólicas. Surgem as doenças psicossomáticas, isto é, originadas pela mente (OLIVEIRA, 1998).

Com a persistência do quadro de estresse, o obreiro passa a vivenciar um estado de burnout, que pode ser definido como

uma síndrome característica do meio laboral e que esta é um processo que se dá em resposta à cronificação do estresse ocupacional, trazendo consigo consequências negativas tanto em nível individual, como profissional, familiar e social. (BENEVIDES-PEREIRA, 2003, p. 4)

Como consequências disso, temos a diminuição da produtividade e da qualidade do trabalho, o aumento do absenteísmo, da rotatividade e dos acidentes de trabalho e, conseqüentemente, prejuízos financeiros ao empregador (BENEVIDES-PEREIRA, 2003). Portanto, a sobrecarga do trabalhador não beneficia seu chefe; ao revés, gera diminuição da produtividade, diminui os lucros da empresa e prejudica a sociedade como um todo, diante da desconsideração da dignidade humana do obreiro.

Afinal, a vinculação constante do empregado ao trabalho, quando obra do empregador, pode ser uma forma de assédio moral, que opera contra a saúde do trabalhador e é causa de degradação da humanidade dele. Isso porque o assédio moral leva a vítima a crer que ela merece a violência que sofre, fazendo com que ela tenha uma imagem de si negativa e que não reflete a realidade. Ou seja, o sujeito se vê desprovido de sua dignidade, requisito fundamental para uma existência saudável (BARBOSA JUNIOR, 2008).

Nesse caso, o assédio moral corresponde à violação dos direitos fundamentais do obreiro, como o direito à intimidade e à vida privada - o trabalhador necessita de períodos de descanso, lazer e convivência com as pessoas mais próximas e longe da influência do empregador. Dessa forma, lesão a algum ou alguns desses direitos implica contrariedade à dignidade do sujeito e traz consequências extremamente nocivas, como depressão, aumento súbito de peso, alteração do sono, distúrbios alimentares, aumento da pressão sanguínea, podendo levar a ataques de pânico e tentativas de suicídio (BARBOSA JUNIOR, 2008).

Uma vez demonstrada a relação entre a vinculação ao trabalho por meio dos meios eletrônicos e a deterioração da saúde do obreiro, faz-se necessário refletir meios de coibir os abusos cometidos pelos empregadores. Não se discute que a medida ideal seria o estabelecimento de um meio ambiente do trabalho hígido que mantivesse a saúde do obreiro,

afinal, a Constituição Federal garante tal direito ao trabalhador. Ademais, diante do art. 6º da Constituição Federal, que assegura o direito ao trabalho e ao lazer, é evidente que o tempo ocioso do obreiro deve ser garantido. Entretanto, quando cometido a lesão ao direito, é fundamental que o empregado tenha meios para reparar o dano sofrido.

Nesse sentido, é imperativo que o tempo o qual o trabalhador permaneça à disposição do empregado fora do local de trabalho seja cada vez mais reconhecido e respeitado como horas trabalhadas, inclusive consistindo em jornada extraordinária quando for o caso. Ademais, tendo ocorrido a lesão à saúde do obreiro, deve-se responsabilizar o empregador.

Teriam os trabalhadores a distância direito a receber horas extraordinárias? Segundo Estevão Mallet (2012), o pressuposto legal para o recebimento das horas extras é a possibilidade de controle de jornada e da duração laboral (art. 61, I, CIT). Até porque as horas extras correspondem ao tempo excedente de trabalho - não sendo possível o cômputo deste, não há como se pagar aquelas. Como no trabalho realizado a distância, em regra, não é possível o controle da duração do trabalho, há a presunção de que o obreiro não faz jus a horas extras.

Por outro lado, caso o sujeito trabalhe fora do estabelecimento empresarial e seja possível, de alguma maneira, controlar a duração do trabalho, fixando o termo inicial e final da execução das atividades, o obreiro terá direito ao recebimento das horas extraordinárias. Portanto, não importa o local de trabalho - mas a possibilidade de controle da duração do mesmo (MALLET, 2012).

Além disso, como já vimos no capítulo referente ao poder empregatício, o TST, por meio da súmula nº 428, assentou o entendimento segundo o qual o mero uso de instrumentos telemáticos ou de informática fornecidos pela empresa não caracteriza, por si só, o regime de sobreaviso. Entretanto, caso o empregador exija que o trabalhador fique atento a seus instrumentos de comunicação, pronto para atender ao chamado ao trabalho, é razoável, diante da relativa indisponibilidade pessoal do obreiro, a aplicação analógica do instituto do sobreaviso, hipótese em que o trabalhador fará jus ao pagamento de horas de sobreaviso no valor de um terço do salário ordinário.

Importante destacar que tal solução, consistente na contabilização das horas trabalhadas fora do local de trabalho através de instrumentos tecnológicos, embora possa desincentivar que empregadores entrem em contato com seus funcionários constantemente nos momentos de descanso, é insatisfatória do ponto de vista de garantia da saúde - uma vez

configurada a jornada extraordinária e ocorrendo esta com frequência, já se instalam os danos à integridade do trabalhador.

É que o trabalho, seja ele físico ou mental, representa um gasto energético que acarreta o cansaço e a necessidade de descanso para a recomposição do organismo. A medida que se estende o tempo de trabalho, agrava-se a fadiga, o que sinaliza que o trabalho deve ser interrompido e deve-se iniciar o descanso. Entretanto, no caso das horas extras, o esforço adicional acelera ainda mais a fadiga e pode levar à exaustão e esgotamento do indivíduo. Caso a fadiga seja prolongada, instala-se um quadro de fadiga crônica, que é de difícil recuperação. Como consequência, o sistema imunológico fica comprometido e o obreiro fica mais suscetível a doenças; há maior insatisfação com o serviço, maior absenteísmo, menor produtividade e mais casos de acidente de trabalho (OLIVEIRA, 1998).

Em relação à responsabilização do empregador pelos danos à saúde do empregado, importante mencionar que os problemas de saúde mencionados ao longo do presente capítulo podem ser considerados doenças ocupacionais, vez que são consequência de um meio ambiente de trabalho inadequado (MELO, 2006). Mais especificamente, são doenças do trabalho, vez que derivam das condições de trabalho específicas do trabalhador e não de toda a categoria. Isto é, são doenças que podem atingir qualquer indivíduo, mas têm origem nas condições desfavoráveis em que o trabalho é realizado, que agravam a saúde do obreiro (SOUZA, 2013).

Nesse caso, para responsabilizar o empregador é necessária a demonstração do nexo causal entre as condições de trabalho insalubres e os danos à integridade do trabalhador. Nesse ponto, a doutrina diverge se há responsabilidade objetiva ou subjetiva do empregador (MELO, 2006). No primeiro caso, basta o nexo causal para configurar a responsabilidade. No segundo, soma-se ao nexo causal a necessidade de comprovação da culpa ou do dolo do empregador. Sendo as doenças do trabalho consequências do meio ambiente de trabalho inadequado, a melhor teoria é aquela que adota a responsabilidade objetiva do empregador, diante do art. 225, § 3º⁴⁵, da Constituição Federal e do art. 14, § 1º, da Política Nacional do

45 “Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. [...] § 3º As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.”

Meio Ambiente⁴⁶ (MELO, 2006), além da própria alteridade, inerente ao contrato de trabalho, pela qual o empregador deve assumir os riscos decorrentes do negócio.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os tempos mudaram e, com eles, as relações de trabalho. A começar pela subordinação. Se antes a subordinação jurídica, o elemento central configurador de uma relação de emprego, se dava por meios diretos e pessoais de comando, hoje a legislação e a doutrina entendem que o empregador pode supervisionar o trabalho de seus funcionários indiretamente e a distância, utilizando meios telemáticos e informatizados de controle. Pode-se extrair daí duas consequências.

Primeiramente, não é possível afastar a relação de emprego pela mera ausência de controle pessoal do empregado por parte do empregador. Em segundo lugar, hoje há forte vinculação do obreiro ao trabalho, mesmo fora do tempo e espaço do trabalho. Por meio de apenas um instrumento, o *smartphone*, há inúmeras formas de o empresário entrar em contato com o obreiro, seja por ligação telefônica, e-mail ou mensagens via Whatsapp. Por outro lado, não apenas avançou-se na facilidade do controle mas também na intensidade dele. Afinal, a tecnologia permite o monitoramento do ambiente de trabalho do obreiro, sendo possível o acesso ao conteúdo de mensagens pessoais do trabalhador e dos sites visitados por ele.

Tais intervenções na vida privada do obreiro se justificam pelo poder de comando do empregador, como se este tudo pudesse dentro do local de trabalho. Entretanto, tal poder tem a natureza de direito-função, de modo que é fundado não apenas no interesse privado do tomador do serviço, mas também no interesse público que visa à proteção da dignidade do trabalhador, levando-se em conta a função social da propriedade e concretização dos direitos fundamentais. Conclui-se, portanto, que o poder empregatício, em todas as suas dimensões, encontra limites nos direitos fundamentais dos empregados, entre os quais incluem-se a proteção da intimidade, da vida privada, da saúde e do meio ambiente de trabalho.

Como direitos fundamentais, concretizam o princípio da dignidade humana, fundamento legitimador dos sistemas jurídicos atuais. A relevância dessas garantias é tamanha que nem mesmo o trabalhador pode abrir mão delas. Isto é, em um contrato empregatício não é possível a disponibilidade de direitos fundamentais, mesmo em comum acordo entre as

46 “Art 14 - Sem prejuízo das penalidades definidas pela legislação federal, estadual e municipal, o não cumprimento das medidas necessárias à preservação ou correção dos inconvenientes e danos causados pela degradação da qualidade ambiental sujeitará os transgressores: [...]§ 1º - Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade. O Ministério Público da União e dos Estados terá legitimidade para propor ação de responsabilidade civil e criminal, por danos causados ao meio ambiente”.

partes. Dessa forma, é forçoso concluir pela impossibilidade jurídica de condutas patronais que lesem a intimidade do obreiro, como é o caso das revistas íntimas ou discriminatórias.

Assim como o empregador não pode realizar revistas que exijam o desnudamento do trabalhador, não é legítimo que ele tenha acesso ao conteúdo das mensagens eletrônicas privadas enviadas e recebidas por seus funcionários, sob pena de ferir a dignidade destes. Afinal, a Constituição Federal garante o sigilo das comunicações, garantia essa que não pode ser barrada pelos portões da empresa. Ademais, o Marco Civil da Internet apresenta diversos dispositivos que frisam a privacidade e a proteção dos dados pessoais, além de eleger como fundamentos do uso da internet os direitos humanos, o desenvolvimento da personalidade e o exercício da cidadania.

A responsabilidade do empregador sobre os atos dos empregados, o fornecimento do computador e do correio eletrônico corporativo por parte da empresa e o poder empregatício não são capazes de possibilitar juridicamente a invasão da intimidade do trabalhador. Nesse caso, sequer há prejuízos ao empregador, visto que em caso de uso ilegítimo das ferramentas de comunicação por parte do obreiro, aquele pode ingressar em juízo para requerer a quebra do sigilo. Ademais, caso precise responder por conduta de seu funcionário, o empresário conta com a ação regressiva para reaver eventuais perdas econômicas.

Da mesma forma que a Constituição assegura ao trabalhador a proteção da sua dignidade, ela garante seu direito à saúde e a um meio ambiente de trabalho hígido. O ordenamento jurídico brasileiro infraconstitucional conta, ainda, com diversos diplomas protetivos, de modo que nossa legislação é uma das mais avançadas no mundo. Em contrapartida, nossa realidade apresenta um paradoxo: se é tão avançada a legislação protetiva da saúde e do meio ambiente, por que as condições de saúde dos trabalhadores no Brasil são tão precárias? Há diversos fatores que contribuem para essa contradição, mas é importante mencionar aqui a falta de efetividade das normas e a tendência à flexibilização dos direitos trabalhistas.

Isto é, as necessidades do capitalismo têm prioridade sobre a saúde do trabalhador; a busca pelo aumento dos lucros por meio da redução de custos e do crescimento da produtividade acarreta uma má qualidade do meio ambiente de trabalho. Isso se traduz diretamente em danos à integridade física e psíquica do obreiro, com o incremento do número de acidentes típicos de trabalho e dos casos de doenças ocupacionais e do trabalho.

Com a constante vinculação do empregado ao trabalho, tal quadro se agrava. O obreiro permanece constantemente conectado ao mundo do trabalho por meios de computadores e *smartphones*, de modo que a barreira entre vida privada e trabalho torna-se

menos clara e há uma consequente diminuição do tempo de lazer e descanso do obreiro. Como consequência, a fadiga física e psíquica se acumula, instalando-se um quadro de estresse de difícil reversão e acompanhado de uma série de sintomas e patologias que comprometem a qualidade de vida do trabalhador.

A melhor solução para esse problema é, sem dúvida, a garantia da qualidade do meio ambiente de trabalho, conforme exigido constitucionalmente. O cômputo das horas trabalhadas fora do local de trabalho, inclusive as extraordinárias, e a responsabilização do empregador pelos danos à saúde do empregado, embora não garantam diretamente a integridade do trabalhador, podem servir como desincentivo à conduta do empregador que constantemente entre em contato com seus funcionários nos momentos de descanso.

Diante das considerações acima, podemos concluir que, embora a disseminação do uso do computador e da internet tenham alterado imensamente a realidade fática do mundo do trabalho, não é necessária uma mudança legislativa para a proteção dos direitos fundamentais do trabalhador. Não é porque se usa o e-mail e não ligações telefônicas que o empregador pode acessar o conteúdo da comunicação pessoal do empregado. Da mesma forma, o fato de o controle e a fiscalização se dar por instrumentos informáticos e não diretamente não descaracteriza a subordinação. A dignidade e os direitos fundamentais do trabalhador já são assegurados; a intimidade já é protegida pela Constituição, assim como a saúde e o meio ambiente.

Entretanto, o fato de a jurisprudência ter permitido o acesso aos e-mails pessoais do empregado quando se trata de correio eletrônico corporativo pode indicar que os tribunais não tenham ainda compatibilizado completamente a nova realidade fática à velha realidade jurídica. Porém, essa harmonização depende de uma maturação prática e coerente com os direitos fundamentais, de modo a garantir que a virtualização do trabalho não seja uma carta branca para desrespeitar direitos já assentados.

Ademais, importante mencionar que a virtualização afeta até mesmo as relações sociais pessoais, vez que a constante vinculação do trabalhador ao trabalho por meio dos instrumentos eletrônicos acaba tomando tempo que seria dedicado à cultivação dos laços familiares e afetivos. Dessa forma, faz-se necessário garantir a qualidade do meio ambiente de trabalho, as relações interpessoais, a preservação da saúde do trabalhador e a limitação de sua jornada de trabalho. Assim, na medida em que a virtualização do meio ambiente laboral for sendo cada vez mais tutelada, limitada e civilizada, melhor efetivar-se-ão os instrumentos de dignificação do trabalhador no atual mercado de trabalho.

Referências

ABREU, Lília Leonor; ZIMMERMANN, Deyse Jacqueline. Direito à intimidade x revista pessoal do empregado. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 18ª Região*, Goiás, v. 8, p. 65-69, 2005.

ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de. O teletrabalho e a subordinação estrutural. *Revista eletrônica [do] Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região*, Curitiba, PR, v. 3, n. 33, p. 71-84, set. 2014.

ARRUDA, Kátia Magalhães. O princípio da dignidade da pessoa humana e sua força normativa. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, Porto Alegre, RS, v. 75, n. 3, p. 35-44, jul./set. 2009.

BARBOSA JUNIOR, Floriano. *Direito à intimidade como direito fundamental e humano na relação de emprego*. São Paulo: LTr, 2008.

BARRETO, Margarida Maria Silveira. *Violência, saúde e trabalho: uma jornada de humilhações*. São Paulo: EDUC, 2006.

BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2016.

BENEVIDES-PEREIRA, Ana Maria T. O Estado da Arte do Burnout no Brasil. *Revista Eletrônica Interação Psy*. Paraná, v. 1, n. 1, p. 4-11, ago. 2003. Disponível em: <http://www.saudeetrabalho.com.br/download_2/burnout-benevides.pdf>. Acesso em 06 de setembro de 2016.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em 15 de setembro de 2016.

BRASIL. Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6938.htm>. Acesso em 21 de setembro de 2016.

BRASIL. Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8080.htm>. Acesso em 29 de setembro de 2016.

BRASIL. Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil.. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm#art32>. Acesso em 03 de outubro de 2016.

BRASIL. Decreto-Lei n.º 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm>. Acesso em 15 de setembro de 2016.

BRASIL. Ministério do Trabalho e Emprego. Portaria n. 1.510, de 21 de agosto de 2009. Disponível em: http://www.trtsp.jus.br/geral/tribunal2/ORGaos/MTE/Portaria/P1510_09.html>. Acesso em 21 de setembro de 2016.

BRASIL. Ministério do Trabalho e Emprego. Dispõe sobre a possibilidade de adoção pelos empregadores de sistemas alternativos de controle de jornada de trabalho. Portaria n. 373, de 25 de fevereiro de 2011. Disponível em: http://www.trtsp.jus.br/geral/tribunal2/ORGaos/MTE/Portaria/P373_11.html>. Acesso em 21 de setembro de 2009.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. Recurso Ordinário nº 00105-2004-016-03-00-0. Relator: Maria Laura Franco Lima de Faria. Disponível em: <http://as1.trt3.jus.br/consulta/redireciona.htm?pIdAcordao=308752&acesso=1947326978d4b7453bd01b800c3137a2>>. Acesso em 08 de outubro de 2016.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho 10ª Região. Recurso Ordinário nº 00439-2003-011-10-00-2. Relator: Juíza Maria Regina Machado Guimarães. Disponível em: <http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=AIIR%20-%2043940-76.2003.5.10.0011&base=acordao&rowid=AAANGhAAFAAAXL6AAO&dataPublicacao=04/08/2006&localPublicacao=DJ&query=>>. Acesso em 08 de outubro de 2016.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Agravo de instrumento no recurso de revista nº 7-96.2011.5.10.0003. Relator: Min. José Roberto Freire Pimenta. Disponível em: <http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=AIIR%20-%207-96.2011.5.10.0003&base=acordao&rowid=AAANGhAA+AAAN+IAAQ&dataPublicacao=15/04/2014&localPublicacao=DEJT&query=>>. Acesso em 26 de setembro de 2016.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Agravo de instrumento no recurso de revista nº 1145-37.2011.5.19.0007. Relator: Des. Convocado Breno Medeiros. Disponível em: <http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=AIIR%20-%201145-37.2011.5.19.0007&base=acordao&rowid=AAANGhABIAAAGY0AAH&dataPublicacao=19/12/2014&localPublicacao=DEJT&query=>>. Acesso em 08 de outubro de 2016.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Agravo de instrumento no recurso de revista nº 1542/2005-055-02-40. Relator: Min. Ives Gandra Martins Filho. Disponível em: <http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=AIIR%20-%20154240-24.2005.5.02.0055&base=acordao&rowid=AAANGhAAFAAAbnrAAP&dataPublicacao=06/06/2008&localPublicacao=DJ&query=>>. Acesso em 26 de setembro de 2016.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Embargos ao recurso de revista nº 22700-10.2013.5.13.0007. Relator: Min. Márcio Eurico Vitral Amaro. Disponível em: <http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaDocumento/acordao.do?>

anoProcInt=2013&numProcInt=183858&dtaPublicacaoStr=30/04/2015%2007:00:00&nia=6351855>. Acesso em 08 de outubro de 2016.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula n.º 428. Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_401_450.html#SUM-428>. Acesso em 20 de setembro de 2016.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de revista nº 63000-60.2006.5.02.0073. Relator: Min. Kátia Magalhães Arruda. Disponível em: <<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=RR%20-60.2006.5.02.0073&base=acordao&rowid=AAANGhABIAAAG/dAAO&dataPublicacao=26/09/2014&localPublicacao=DEJT&query=>>>. Acesso em 08 de outubro de 2016.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de revista nº 9961/2004-015-09-00. Relator: Min. Ives Gandra Martins Filho. Disponível em: <<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=ED-RR%20-34.2004.5.09.0015&base=acordao&rowid=AAANGhAAFAAApF1AAU&dataPublicacao=20/02/2009&localPublicacao=DEJT&query=>>>. Acesso em 26 de setembro de 2016.

CALVO, Adriana. Breves considerações sobre a decisão do TST relativa ao uso do correio eletrônico no ambiente de trabalho. Disponível em: <http://www.calvo.pro.br/default.asp?site_Acao=mostraPagina&PaginaId=3&mArtigo_acao=mostraArtigo&pa_id=37>. Acesso em 06 de setembro de 2016.

_____. O Conflito Entre o Poder do Empregador e a Privacidade do Empregado no Ambiente De Trabalho. *Portal Jurídico Investidura*, Florianópolis, 07 Out. 2008. Disponível em: <www.investidura.com.br/1229>. Acesso em: 06 Set. 2016

COELHO, Luciano Augusto. *Testes psicológicos e o direito: uma aproximação à luz do princípio da dignidade da pessoa humana*. *Revista Psicologia e Sociedade*, São Paulo, v. 16, n. 2, p. 90-100, maio/ago 2004.

DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2016.

GAMBA, Juliane Caravieri Martins. Responsabilidade civil objetiva pelos danos à saúde do trabalhador. *Semina: Ciências Sociais e Humanas*, Londrina, v. 28, n. 1, p. 23-44, jan./jun. 2007.

GOULART, Guilherme Damasio. Limites do BYOD : entre o poder do empregador e a proteção dos direitos da personalidade do empregado. *Revista de direito do trabalho*, São Paulo, SP, v. 40, n. 159, p. 71-86, set./out. 2014.

GIORDANI, Francisco Alberto da Motta Peixoto. A eficácia dos direitos fundamentais nas relações de emprego. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, São Paulo, SP, v. 79, n. 2, p. 182-198, abr./jun. 2013.

MALLET, Estevão. Apontamentos sobre o direito à intimidade no âmbito do contrato de trabalho. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, v. 104, p. 199-226, jan./dez. 2009.

_____. *Trabalho, tecnologia e subordinação* : reflexões sobre a lei nº 12.551. *Revista do Advogado*, São Paulo, v. 32, n. 115, p. 45-52, abr. 2012.

MELO, Raimundo Simão. Responsabilidade objetiva e inversão da prova nos acidentes de trabalho. *Revista TST*, Brasília, v. 72, n.1, p. 69-90, 2006.

MESQUITA, Luiz José de. *Direito disciplinar do trabalho*. São Paulo: LTr, 1991.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito do trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas de trabalho*. São Paulo: Saraiva, 2011.

OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. *Proteção jurídica à saúde do trabalhador*. São Paulo: LTr, 1998.

ONU. Declaração Universal dos Direitos Humanos. Disponível em <http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf>. Acesso em 09 de setembro de 2016.

PORTO, Noemia. A garantia fundamental da limitação da jornada: entre a Constituição e o art. 62 da CLT. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, Porto Alegre, RS, v. 75, n. 2, p. 68-84, abr./jun. 2009.

RAMOS, Brasilino Santos. Revista em bolsas e sacolas de trabalhadoras e trabalhadores: afronta à dignidade da pessoa humana e à inviolabilidade de intimidade. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região*, Brasília, DF, v. 19, n. 19, p. 67-85, jun. 2015.

SCHMIDT, Paulo Luiz; VARGAS, Luiz Alberto de. A luta pela limitação da jornada de trabalho e o controle de ponto eletrônico. *Revista eletrônica: acórdãos, sentenças, ementas, artigos e informações*, Porto Alegre, RS, v. 7, n. 125, p. 41-46, set. 2011.

SENNET, Richard. *A corrosão do caráter: as consequências pessoais do trabalho no novo capitalismo*. Tradução de Marcos Santarrita. Rio de Janeiro: Record, 2009.

SIMÓN, Sandra Lia. Revistas pessoais: direito do empregador ou desrespeito aos direitos humanos fundamentais do empregado? *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, Porto Alegre, RS, v. 69, n. 2, p. 55-71, jul./dez. 2003.

SILVA, Leda Maria Messias da. *Dano moral: direitos da personalidade e o poder diretivo do empregador*. *Revista Jurídica Cesumar*, Maringá, v. 4, n. 1, p. 55-62, 2004.

_____. *Monitoramento de e-mails e sites, a intimidade do empregado e o poder de controle do empregador: abrangência e limitações*. *Revista Jurídica Cesumar*, Maringá, v. 5, n. 1, p. 115-130, 2005.

_____. Poder diretivo do empregador, emprego decente e direitos da personalidade. *Revista Jurídica Cesumar*, Maringá, v. 6, n. 1, p. 267-281, 2006.

SILVA, Sayonara Grillo Coutinho Leonardo da. Direitos fundamentais, garantismo e direito do trabalho. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, São Paulo, v. 77, n. 3, p. 274-292, jul./set. 2011.

SOUZA, Lilian Castro de. Acidente do trabalho: nexos de causalidade, concausa e doenças ocupacionais. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região*, São Paulo, n. 14, p. 95-106, 2013.